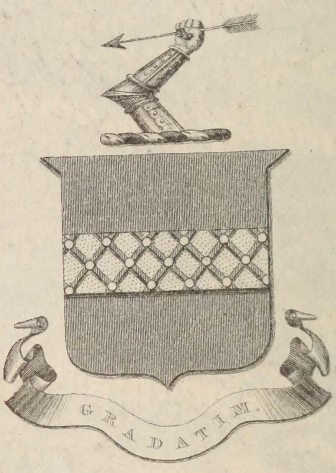
3 1761 09492466 9

NIVERSITY OF TORONTO



William Proudfoot.

Presented to the Library

of the

University of Toronto

by the Executors of

The Honourable William Proudfoot

sometime Justice of the High Court of Justice
for Ontario,

Professor of Roman Law

in the

University of Toronto

A. D. 1888-1900.

Rom
Law
A169p
1879
v.1

Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/prcisdedroitroma01acca

PRÉCIS

DE

DROIT ROMAIN

CONTENANT

AVEC L'EXPOSÉ DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

LE TEXTE, LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION

DES INSTITUTES DE JUSTINIEN

et suivi

1° D'UNE TABLE GÉNÉRALE DES TEXTES DES INSTITUTES
2° D'UNE TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES
3° D'UNE TABLE DES TEXTES LITTÉRAIRES INDIQUÉS OU EXPLIQUÉS

PAR

C. ACCARIAS

PROFESSEUR AGRÉGÉ À LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

TROISIÈME ÉDITION

Corrigée et notablement augmentée

Jureconsulti sæpe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur.

CIC., *De legibus*, II, 19.

TOME PREMIER

61773
4/3/04

PARIS

A. COTILLON ET Cie, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, RUE SOUFFLOT, 24

1879

Droits de traduction et de reproduction réservés par l'auteur et l'éditeur

Rom
Law
A169p
1879
v.1

PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE ÉDITION

Je n'écris ni pour ceux qui ne veulent pas apprendre ni pour ceux qui savent. Aux uns je recommande volontiers de ne pas me lire, ayant fort à cœur de n'ennuyer personne. Les autres trouveront facilement que mon savoir n'est ni neuf ni profond : je suis de leur avis, et si je ne leur signale pas les principaux défauts de ce livre, c'est pour leur laisser le plaisir de la découverte personnelle. Je m'adresse aux étudiants, à eux seuls; et mon ambition sera satisfaite si je leur parais suffisamment méthodique, intelligible, facile à résumer.

Je me suis proposé un double but : 1° présenter dans un ordre à peu près logique la substance essentielle du droit romain; 2° fondre dans cet exposé l'explication des Institutes de Justinien. Mon travail tient donc à la fois du commentaire et du traité. De là le procédé que j'ai suivi.

Si j'ai reproduit le texte complet des Institutes, c'est que l'étude du droit gagne toujours en solidité et en précision, lorsque, sans se réduire à l'analyse et sans tomber dans la dissection, elle rayonne autour de quelques textes qui, fixant plus particulièrement l'attention, aident à retenir les principes une fois bien compris. Libre des gênes officielles d'un programme mal conçu, j'aurais mieux aimé, comme point de départ de

mes explications sur chaque matière, emprunter aux divers jurisconsultes un petit nombre de textes brefs, clairs, aisés à retenir. Mais les Institutes, malgré leurs lacunes considérables et leurs nombreuses inutilités, forment la base des examens de droit romain : aussi ai-je, sans hésiter, sacrifié mes préférences à la nécessité. Reproduisant donc le manuel de Justinien, j'ai cru devoir en donner et le texte latin et la traduction française : le texte latin, parce que le droit romain, étudié hors de sa langue originale, ne garde pas plus sa vraie physionomie qu'un personnage ancien sous un costume moderne; la traduction française, pour épargner du temps et des découragements à ceux qui éprouveraient de la difficulté à lire le latin.

Tout en suivant les Institutes dans leur plan général que je crois bon, et même, autant que je l'ai pu, dans la distribution des diverses matières, je n'ai pas dû hésiter à en déranger l'ordre, toutes les fois que cela m'a paru nécessaire dans un intérêt supérieur de clarté et de méthode. Au lieu donc d'isoler chaque titre, et dans chaque titre chaque paragraphe, soudant successivement à chacun l'interprétation dont il a besoin, et finalement n'aboutissant peut-être qu'à une acccumulation de détails mal enchaînés, j'ai assigné à chaque matière la place qui m'a paru lui convenir logiquement. Pour chacune, un sommaire indique d'une manière générale les divisions que je dois suivre. Puis, reprenant successivement chaque numéro du sommaire, je groupe en tête de mon développement l'ensemble des textes des Institutes qui s'y rapportent, quelque place que Justinien leur ait donnée (1); de telle sorte que l'explication des Institutes, sans être ordinairement mon objet principal, n'est pourtant jamais négligée.

A l'exemple de beaucoup d'auteurs, j'ai divisé mon travail

(1) A la suite de chaque texte latin des Institutes, je donne, s'il y a lieu, l'indication, entre parenthèses et avec le nom de l'auteur, du texte que Justinien a copie

en paragraphes numérotés, de longueur nécessairement très-inégale, et ne réunissant ensemble que des idées qui forment un tout ou qui s'enchaînent par une liaison naturelle. On remarquera un certain nombre de numéros suivis de la lettre *a*, et, dans le corps des numéros que cette lettre n'accompagne pas, certains alinéas précédés d'un *A*. Ces deux signes indiquent deux choses : d'abord, que les explications comprises soit dans l'ensemble du numéro, soit seulemeut dans l'alinéa, ne se réfèrent pas d'une manière directe aux Institutes; en outre, qu'on peut, à raison ou de leur difficulté plus grande, ou de leur importance relativement secondaire, les négliger à une première lecture. Par ces indications j'ai cru venir en aide aux débutants, toujours embarrassés pour discerner les choses sur lesquelles il faut absolument qu'ils insistent et celles qu'ils peuvent sans le même danger ne pas approfondir.

Dans le but de rendre la lecture plus facile en dégageant mon exposition de certaines notions encombrantes et pourtant nécessaires, j'ai multiplié les notes. J'ai relégué là les détails historiques et philologiques, lorsqu'ils n'interviennent dans une explication que comme auxiliaire plutôt que comme partie intégrante; presque toutes les controverses qui exercent les interprètes sans que nous puissions affirmer qu'elles aient divisé aussi les Romains; les controverses des Romains eux-mêmes, quand elles ne portent que sur un détail, non sur un principe; parfois enfin, des indications sur le sens de quelques textes difficiles ou sur certaines curiosités juridiques.

Je me suis appliqué à justifier toutes mes assertions par des renvois soit aux jurisconsultes, soit aux autres auteurs anciens. Mais je n'ai presque jamais transcrit les textes eux-mêmes, sûr que ceux qui voudront les consulter sauront où les prendre. Quant aux interprètes, vivants ou morts, je me suis fait une loi de n'en citer aucun; et en cela je n'ai pas cru méconnaître les incon-

testables services qu'ils ont rendus à la science, ni me montrer oublieux du profit personnel que j'ai souvent retiré de leur lecture. Outre que je n'éprouve ni le besoin de rechercher tout ce qui a pu être dit sur le droit romain, ni la curiosité de constater sur chaque point les opinions de chaque interprète, il me semble que, particulièrement dans un livre élémentaire, il y a quelque danger à citer beaucoup les travaux de seconde main, surtout les travaux des auteurs vivants. L'attention ne risque-t-elle pas de se distraire des principes pour se reporter sur les personnes ? Et n'est-il pas à craindre que la considération d'une autorité, c'est-à-dire d'un nom propre, n'entre parfois en balance avec une bonne raison et ne détermine des convictions qui, ainsi formées, n'ont plus que la valeur d'un acte de foi?

L'ouvrage sera suivi de trois tables dont voici l'objet : la première indiquera les pages où se trouvent rapportés et traduits les textes des Institutes. Elle sera divisée entre les deux volumes. Dans la seconde, je réunirai par ordre alphabétique, comme s'il s'agissait de faire un dictionnaire de droit romain, tous les mots de la langue juridique dont j'aurai donné le sens. Cette deuxième table sera surtout utile à ceux qui n'ont besoin que d'une définition et à ceux qui, étudiant le livre, y rencontreront un mot non encore expliqué. La troisième, enfin, indiquera les principaux textes littéraires sur lesquels je m'appuie ou dont je donne la signification. J'ai pensé qu'elle pouvait être de quelque secours à ceux pour qui le droit romain n'est qu'un auxiliaire d'autres études. Ces deux dernières tables seront placées à la fin du second volume.

Et, maintenant, ce livre était-il bien nécessaire après tant d'autres qui semblaient lui ôter toute raison d'être, surtout en présence de deux ouvrages si justement estimés, ceux de mes savants maîtres MM. Ortolan et Demangeat ? A parler net, je ne l'ai jamais cru, et je ne le crois pas encore. Je ne me sentais

ni la maturité d'idées, ni la sûreté de savoir qu'exige la composition d'un livre élémentaire. Et si quelques personnes ont présumé de mes forces plus que moi-même, elles savent que, livré à ma seule inspiration personnelle, je n'eusse pas même rêvé ce que j'essaye aujourd'hui d'exécuter. Ceci tend-il à atténuer des imperfections et des défauts dont j'ai la pleine conscience? Non, mais à les expliquer. Je sais que le lecteur n'agrée jamais, quelque vraie qu'elle soit, cette excuse : *Italiam non sponte sequor.*

AVERTISSEMENT

POUR LA SECONDE ÉDITION

En commençant la publication de cet ouvrage, j'étais loin de penser que le premier volume dût être épuisé avant l'achèvement du second. Que ce résultat flatte mon amour-propre, il serait puéril de le dissimuler, et j'aurais mauvaise grâce à ne pas en remercier la jeunesse de nos écoles. Son bon accueil m'est à la fois une récompense et un encouragement. Néanmoins j'avoue qu'il m'eût été plus agréable de n'être pas sitôt condamné à me relire, et que j'aurais mieux aimé poursuivre ma route que de revenir sur mes pas avant d'être arrivé au terme. Dans les conditions où je donne cette seconde édition, il est évident que pour tout le monde elle ne saurait être définitive, ne se prêtant guère à des changements dans la distribution générale des matières et dans la proportion respective des divers développements. C'est assez dire que je demande grâce pour certains défauts de composition que j'ai dû conserver provisoirement comme si je ne les soupçonnais pas. Cette réserve acceptée, celui qui s'imposerait la tâche ingrate de comparer les deux éditions se convaincrait facilement que je me suis livré à un minutieux travail de révision. J'ai plus ajouté que retranché, et le total de mes additions a grossi le volume de plus de cinquante pages. Nombre de citations inexactes ont été rectifiées; des né-

gligences ou des incorrections de langage ont disparu; je me suis surtout appliqué, lorsqu'il y avait lieu, à éclaircir ma pensée ou à la compléter, et, pourquoi ne pas le dire? j'ai corrigé plusieurs erreurs. De ces améliorations je ne suis pas toujours redevable à moi seul : d'utiles observations m'ont été présentées par quelques-uns de mes collègues, même de mes élèves; et j'ai surtout mis à profit cette sorte d'enseignement mutuel que se donnent, sans y prétendre et sans y penser, des professeurs participant ensemble à un même examen. Je m'empresse d'ajouter que je dois des remercîments tout particuliers à mon collègue M. Lyon-Caen, qui m'a consacré dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* un article très-nourri et très-bienveillant, et qui m'a plusieurs fois aidé dans la révision de cette seconde édition.

AVERTISSEMENT

POUR LA TROISIÈME ÉDITION

Les observations placées en tête de la seconde édition de ce volume s'appliquent également à celle-ci. Elle a été préparée avec le même soin et n'est pas moins augmentée. Mais, tandis que précédemment mes additions se référaient pour la plupart à la propriété et aux testaments, cette fois elles portent plus particulièrement sur les sources du droit et sur les personnes. Parmi les critiques qui m'ont été adressées sous quelque forme que ce fût, j'ai accepté toutes celles qui m'ont paru justes. Ma règle invariable est de ne jamais tenir à une doctrine parce que je l'ai une fois professée. Du reste, mon second volume ne devant être achevé que dans quelques mois, j'ai encore été forcé d'ajourner toute modification au plan général de l'ouvrage.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le mot *droit* s'emploie dans deux acceptions distinctes. Dans la première, il a pour corrélatif le mot *devoir*. En ce sens, le droit consiste à pouvoir exiger d'une ou de plusieurs personnes, quelquefois de tout le monde, un acte ou une abstention, et il a son fondement dans le fait même de notre existence individuelle : nous sommes, donc nous avons le droit d'être, c'est-à-dire d'exercer librement et de développer dans toute leur plénitude les facultés physiques et morales dont nous naissons doués. Mais l'observation nous montrant dans nos semblables les mêmes facultés qu'en nous-mêmes, nous en concluons bien vite, par instinct autant que par raisonnement, qu'ils ont comme nous le droit de les exercer. Notre droit nous paraît donc limité par le droit d'autrui, aussi respectable que le nôtre ; et ainsi se trouve engendrée la notion du devoir qui, comme on l'a dit avec autant de justesse que d'esprit, n'est autre chose que la conscience de notre propre droit dans autrui. Ainsi conçu, le droit n'a qu'une autorité morale : la conscience le proclame, mais aucune force humaine n'en assure l'observation.

Dans un second sens, celui auquel nous allons particulièrement nous attacher, on appelle *droit* une collection de règles qui, sous des noms divers (lois, ordonnances, plébiscites, sénatus-consultes, etc.), tendent à déterminer nos droits tels qu'ils ont été précédemment définis et à en protéger l'exercice. Ces

règles présentent, en général, les deux caractères suivants : 1° elles émanent du peuple, soit directement, soit, et c'est le cas de beaucoup le plus ordinaire, par l'intermédiaire d'une autorité qu'il a constituée, acceptée ou subie; 2° l'observation en est garantie par une sanction consistant invariablement ou en des voies de contrainte, ou en des déchéances, ou en des peines.

Ce qu'il importe avant tout de bien comprendre, car là est le fondement philosophique et la raison d'être du droit, c'est que l'émission de ces règles constitue un fait supérieur à toute convention sociale et à tout caprice de l'autorité; c'est qu'elle correspond à une série de faits permanents et indestructibles qui forment la loi et la vie même des sociétés. Ces faits peuvent se ramener à quatre catégories dont chacune engendre une branche spéciale du droit : 1° les particuliers ont entre eux des relations qui toutes se rattachent à deux choses aussi anciennes et aussi nécessaires que l'humanité elle-même, savoir, la famille et la propriété. De là le droit privé ou droit civil (1); 2° partout, pour assurer la sécurité des individus et pour leur procurer certains services qu'ils ne peuvent pas se rendre eux-mêmes, on a créé un ensemble de pouvoirs définis et organisés qui forment ce qu'on appelle l'État. De là le droit public et le droit administratif, le premier réglant la constitution et les attributions de l'État, le second ses rapports avec les particuliers; 3° tantôt des accidents naturels, tels que la situation géographique ou des différences de langue ou de race, tantôt aussi des causes artificielles comme la conquête, ont séparé les hommes en plusieurs groupes ou sociétés distinctes vivant dans une plus étroite communauté de destinées et que l'on appelle des nations. Or, à défaut de sympathie, la nécessité ou l'intérêt déterminent des rapports entre les nations même les plus dissemblables : de là, pour les

(1) Dans le droit civil je comprends et le droit commercial, qui n'en est qu'une branche spéciale, et la procédure civile, qui ne fait qu'en assurer l'exécution.

régler, le droit des gens ou droit international (1); 4° enfin l'expérience nous prouve que trop souvent des hommes, poussés par la misère, par des passions mal gouvernées ou par je ne sais quelle perversité naturelle, se laissent aller ou se livrent à des actes directement attentatoires à la personne ou aux biens de leurs semblables : de là, sous le nom de droit criminel ou droit pénal, toute une série de règles destinées, les unes à prévenir ou à réprimer de tels actes, les autres à garantir les honnêtes gens contre une application indiscrète de ces mesures préventives ou répressives.

L'existence des législations se justifie donc par leur nécessité, et l'on peut affirmer qu'une société sans un droit quelconque est aussi inconcevable qu'une société où personne ne travaillerait.

Mais les règles promulguées par le législateur n'ont pas à ce titre d'autre valeur que celle d'un fait. Simple manifestation de l'autorité, c'est-à-dire de la force, elles s'imposent évidemment à la volonté de tout homme prudent, elles ne commandent pas nécessairement le respect de l'homme éclairé. En d'autres termes, nul ne les méconnaît qu'à ses risques et périls ; mais, pour obtenir une adhésion réfléchie plutôt qu'une soumission forcée, il est essentiel qu'elles présentent un caractère scientifique. Or c'est à deux conditions seulement, c'est par la méthode dans la construction et par la vérité des principes que le droit s'élève à la hauteur d'une science. Il sera méthodique si toutes ses dispositions, partant de conceptions nettes et bien concordantes, forment un enchaînement logique, une coordination régulière ; car

(1) Le droit des gens se distingue jusqu'à présent par deux particularités tenant à ce qu'il n'y a pas d'autorité organisée qui puisse imposer sa volonté aux diverses nations : 1° il ne se forme que par les traités et les usages ; sur certains points même, il demeure à l'état de pure conception philosophique ; 2° il n'a pas de sanction régulière et pacifique. Il ne connaît d'autre procédure efficace et d'autres voies d'exécution que la guerre.

qui dit science implique une série continue d'idées dont les unes engendrent les autres et dont l'ensemble aboutit à une construction complète. Mais cette première condition, relative à la forme plutôt qu'au fond, ne nous donnerait à elle seule que l'extérieur et l'appareil de la science ; nous n'obtiendrions qu'une construction régulièrement faite, mais artificielle, partant sans solidité. Il faut donc, et c'est là la seconde condition, la plus essentielle des deux, que le droit parte de principes vrais, propres à réaliser son but, qui est d'assurer l'application de la justice dans les rapports réciproques des hommes et de leur procurer la plus grande somme possible d'utilité matérielle et morale. Ces principes, pour échapper à la discussion, doivent être empruntés aux données de l'expérience. Or les sciences qui les fournissent, les sciences qu'on doit considérer comme les régulatrices du droit, celles en dehors desquelles il tombe dans la convention et dans l'arbitraire, sont la morale et l'économie politique : la morale en tant qu'il a pour objet le juste, l'économie politique en tant qu'il a pour objet l'utile. Ce sont ces deux sciences qui engendrent le droit naturel, que l'on peut définir la conception idéale du juste et de l'utile. A ce droit naturel on oppose, sous le nom de droit positif, les règles émises et imposées par le législateur ; non sans doute qu'on veuille par un tel langage constater un antagonisme fatal et absolu entre ces deux droits : on veut simplement exprimer que le droit positif ne réfléchit pas nécessairement le droit naturel, mais que c'est sa conformité plus ou moins parfaite à cet idéal qui donne la mesure de sa valeur scientifique.

Il faut préciser brièvement le rôle de la morale et de l'économie politique dans la formation du droit positif.

Je résume la morale dans les trois principes suivants : 1° se respecter soi-même, et par là j'entends soit le gouvernement des passions par la raison, soit l'exercice régulier de toutes nos facul-

tés, principalement de celles qui nous séparent de l'animal. Là se bornerait la morale, si l'homme vivait isolé ; 2° respecter la personne de nos semblables, ou, selon la formule vulgaire, ne pas faire à autrui ce que nous ne voudrions pas que l'on nous fît à nous-mêmes. Ce second précepte est une déduction du premier. Il constitue la justice proprement dite, et il est la condition de l'existence des sociétés ; 3° mettre, quand nous le pouvons, notre activité au service de nos semblables, ou, selon la formule reçue, faire pour autrui ce que nous voudrions que l'on fît pour nous-mêmes. Ce précepte, conséquence également du premier, mais conséquence plus lointaine, engendre la bienveillance et toutes les vertus qui s'y rattachent. Il est la condition du progrès des sociétés.

Maintenant, le droit est dominé d'une manière absolue par ces trois préceptes en ce sens qu'il doit s'interdire rigoureusement toute prescription qui de loin ou de près conduirait à les violer. Mais faut-il que, les faisant tous les trois sortir du domaine de la conscience individuelle, il les traduise et les détaille en des formules extérieurement obligatoires ? faut-il qu'il se fasse l'exécuteur strict de la morale entière ? Le bon sens de tous les peuples et de tous les siècles a répondu non. La mission du législateur est uniquement de garantir à chacun son droit d'être, par conséquent d'assurer à tous une égale liberté par une limitation égale et aussi étroitement mesurée qu'il est possible de la liberté de chacun. Donc le législateur sanctionnera absolument le second précepte ; et les devoirs de justice, une fois consacrés par le droit positif, prendront le nom significatif d'obligations. Mais il ne sanctionnera ni le premier précepte, celui qui contient la morale purement individuelle, ni le troisième, celui qui contient la morale sociale positive. A la sanction du premier, il est suffisamment pourvu par les conséquences naturelles que sa violation entraîne, savoir le mécontentement de soi-même, le

mépris public, quelquefois des infirmités, toujours un certain abaissement de l'intelligence et du cœur. A l'observation du troisième, nous sommes puissamment excités et par la sympathie et par un autre mobile encore plus écouté, par l'intérêt personnel, qui, bien compris, ne trouve pas son compte dans un étroit égoïsme.

Quant à l'économie politique, science qui étudie les lois naturelles du travail et de la richesse, elle éprouve la valeur des institutions juridiques et en contrôle la légitimité par leurs résultats. Démontrant que, partout où l'injustice a reçu une organisation légale, il en est résulté tôt ou tard des dommages même matériels, elle aboutit à cette large et féconde conclusion que le juste et l'utile marchent associés dans une constante et intime harmonie. C'est ainsi que l'esclavage, la plus monstrueuse violation de la notion du juste, fut aussi la plus grande entrave au développement de la richesse chez les peuples anciens et les perdit dans la misère. Donc, quand même le droit n'aurait d'autre objet que la détermination du juste, l'économie politique lui serait encore un précieux auxiliaire, en signalant par leurs conséquences pratiques les injustices inaperçues que recèlent souvent des institutions universellement approuvées. Que si maintenant nous envisageons une catégorie de lois fort nombreuses qui se meuvent plus particulièrement dans la sphère de l'utile, et qui, indifférentes dans leur essence à la morale, peuvent être ou ne pas être sans que la justice en souffre, il est évident que la science économique ne jouera plus ici le simple rôle d'auxiliaire : c'est elle qui fournira les principes. Dans cette catégorie figurent toutes les lois interprétatives de volonté : j'entends par là celles qui, dans la prévision de notre ignorance des affaires ou de notre légèreté trop fréquente, règlent les conséquences de nos actes juridiques pour le cas où nous ne les aurions pas réglées nous-mêmes. Ainsi deux personnes se marient : rien ne

les empêche d'ordonner comme elles l'entendent leurs intérêts pécuniaires respectifs; mais si elles ne l'ont pas fait, la loi le fait pour elles. Or, bien évidemment, la morale n'a pas d'intérêt direct à ce que les époux vivent sous tel régime plutôt que sous tel autre. La mission du législateur est donc de faire le choix le plus conforme à la pensée probable des parties et à l'intérêt général de la société. Dans cette même catégorie de lois rentrent encore celles qui déterminent la forme des actes et celles qui organisent des institutions de crédit. Par exemple, qu'importe à la morale que le testament exige ou n'exige pas une date, que la lettre de change puisse ou ne puisse pas être tirée d'un lieu sur le même lieu? Donc, ici encore, quel est l'office du législateur, sinon de poser les règles les plus riches en résultats utiles et les moins fécondes en procès? Dans toutes ces matières et autres pareilles, c'est de la science économique que le droit relève directement; et si quelque lien le rattache encore à la morale, c'est en ce sens que la morale hautement comprise ne saurait s'accommoder d'institutions nuisibles à la société.

En résumé, la loi constate nos droits, elle les organise, elle les sanctionne, mais elle ne les crée pas. Le droit n'est pas tel parce qu'il est écrit dans les textes, mais les textes ne valent qu'autant qu'ils expriment le droit. Égarés hors du juste et de l'utile, ils n'ont plus que l'autorité passagère de la force mise au service du caprice et de l'erreur. Les bonnes intentions ne suffisent donc pas pour faire de bonnes lois. Il faut que le législateur marche les yeux invariablement fixés sur les données positives que lui fournit la double observation des phénomènes de conscience et des phénomènes sociaux, afin de reproduire dans un calque de plus en plus fidèle cet idéal que nous ne réussissons jamais à saisir d'une manière absolue ni à fixer dans une formule définitive. J'ajoute que, si le droit emprunte ses principes généraux aux deux sciences supérieures dont j'ai

parlé, il doit, en ce qui concerne la forme et le mode d'organisation de chaque institution, consulter les mœurs, les besoins spéciaux et les traditions historiques du peuple pour lequel il est fait ; mieux que cela, il s'en inspire presque fatalement et sans le vouloir. Et là est la condition de sa popularité ; là aussi, dans cet élément contingent et variable, réside l'originalité des diverses législations.

De ce qui précède deux conclusions importantes se dégagent : 1° le pouvoir législatif est essentiellement limité dans sa compétence. Qu'il réside dans un peuple entier, dans une collection de représentants ou dans un seul homme, il n'a qualité pour légiférer ni sur toutes choses ni dans un sens quelconque. Et par conséquent le mot *souveraineté*, qu'on a si souvent employé pour exprimer les attributions du législateur, et par lequel on semble le placer au-dessus du droit dans une sphère de toute-puissance absolue, ce mot ne correspond à aucune idée vraie : il exprime une erreur qui n'est pas encore sortie de tous les esprits ni complétement bannie de la pratique ; 2° le droit est essentiellement mobile et progressif. D'une part, en effet, les mœurs et les besoins des peuples se modifient, leurs traditions s'effacent ou se renouvellent, et des institutions dont le fond reste le même s'organisent sous une forme différente. D'autre part, et surtout, la morale et l'économie politique, qui fournissent au droit ses principes, ne sont pour l'homme ni des dons innés ni les produits heureux de je ne sais quelle intuition : elles se développent lentement par l'expérience ; ce n'est que peu à peu qu'elles arrivent à dégager dans tous leurs détails les notions du juste et de l'utile, et les erreurs dans lesquelles elles tombent chemin faisant se réfléchissent invinciblement dans la législation. Aussi, à mesure que l'on remonte vers l'antiquité, trouve-t-on les lois plus défectueuses dans leurs principes, et à mesure au contraire que l'humanité vieillissant grossit le patrimoine de ses souvenirs

et de ses observations, le droit se perfectionne, non pas nécessairement comme œuvre d'art, mais comme œuvre morale et utile.

Connaissant la mission du législateur, il ne sera ni long ni difficile de déterminer quelle est celle du jurisconsulte et à quelles conditions l'étude d'une législation produira des résultats vraiment scientifiques. Avant tout, le jurisconsulte doit connaître la loi positive ; il doit en être l'interprète fidèle, et pouvoir, dans toute hypothèse donnée, dicter la décision que rendrait un bon juge. Il faut donc que, dépouillant ses propres idées et sa personnalité, il commence par entrer dans l'esprit du législateur, qu'il se pénètre des principes vrais ou faux dont la loi est l'expression vivante, qu'il en comprenne les applications immédiates et en sache déduire toutes les conséquences. A cette fin, deux choses lui sont nécessaires : une pleine possession de tous les textes législatifs, et une exacte connaissance des précédents immédiats de la loi et des circonstances au milieu desquelles elle est née. Pour qui borne son ambition à devenir un praticien exact, à savoir diriger sûrement ses propres affaires et celles d'autrui, cela peut suffire. Mais le savoir qui ne va pas au delà de la pratique ne mérite pas le nom de science ; posséder les textes et même l'esprit de la loi, c'est rester dans le domaine du fait, et les faits ne sont pas la science, ils n'en sont que le point de départ. Que faut-il donc de plus au jurisconsulte ? Il faut qu'il soit en mesure de juger la loi et de motiver ses jugements ; qu'il la comprenne non-seulement en elle-même, mais dans ses rapports nécessaires avec le milieu social où elle fonctionne ; enfin qu'il puisse d'un doigt sûr marquer les améliorations qu'elle appelle. Or trois sciences lui fourniront les éléments propres à l'accomplissement de cette tâche délicate. La morale et l'économie politique lui permettront de faire le triage des principes rationnels et des principes de convention. L'histoire lui apprendra com-

ment il se fait que des institutions reposant sur des principes faux aient pu vivre longtemps, peut-être vivent encore; il verra que ces institutions s'expliquent par des besoins accidentels, mais réels, par des idées fausses, mais généralement acceptées, qu'elles sont, en un mot, le produit naturel du milieu qui les a vues naître. A l'égard même des institutions rationnelles dans leur principe, c'est encore l'histoire qui lui rendra compte de leur forme, toujours un peu arbitraire, puisqu'elle varie plus ou moins selon les peuples et les pays. De tout cela résultera une vue nette des progrès à accomplir, soit des progrès qui comportent une réalisation immédiate, soit de ceux que la nécessité de composer avec des mœurs et des préjugés enracinés oblige d'ajourner. En résumé donc, le jurisconsulte ne doit jamais séparer du point de vue pratique le point de vue philosophique et le point de vue historique. Ce qu'est la loi, ce qu'elle a été et ce qu'elle doit être : voilà l'objet élevé de ses recherches. Et ce qu'il y a de plus scientifique dans ce genre d'études, c'est précisément la partie critique, celle qui aboutit à dégager les éléments rationnels et durables d'un droit, à expliquer l'arbitraire de certaines institutions par des lois supérieures au caprice de l'homme, enfin à signaler les améliorations et les réformes qu'une législation exige. Là réside ce qu'on appelle la philosophie du droit, en dehors de laquelle le jurisconsulte languit dans le terre-à-terre de l'interprétation.

L'exposition de ces idées générales m'a paru nécessaire en tête d'un livre élémentaire. Reste à voir pourquoi le droit romain, droit inapplicable chez nous, droit mort, droit auquel aucun avocat n'oserait plus aujourd'hui emprunter ses arguments ni aucun juge ses considérants, pourquoi ce droit que nul homme intelligent, ayant le sens vrai des besoins de son époque, ne songe à faire revivre comme droit pratique, figure pourtant dans le programme de nos études officielles, d'études jusqu'à un cer-

tain point obligatoires. La question n'est pas d'une médiocre importance ; car l'esprit humain, au moins dans l'ordre des choses sérieuses, ne s'applique pas volontiers sans un but défini, et un enseignement qu'on croit inutile ne saurait ni attacher ni profiter. D'autre part, le but assigné à l'étude du droit romain détermine naturellement la méthode qu'il convient d'y apporter.

Et d'abord, personne ne niera que, si l'histoire et la littérature de Rome valent la peine d'être étudiées, et c'est un point que je suppose admis, la même utilité s'attache nécessairement à la connaissance du droit romain. C'est chose évidente, en effet, que plusieurs des grands événements de la vie intérieure ou extérieure de Rome, par exemple les longues luttes des patriciens et des plébéiens, les guerres serviles, la guerre sociale, ne s'expliquent sérieusement que par des causes tirées de la nature de ses institutions juridiques. Il n'est pas moins évident que la littérature latine étudiée non-seulement dans sa forme, mais comme reflet de la vie réelle des Romains et comme expression de leurs mœurs, s'éclaire par la connaissance de leur droit, de même qu'à son tour elle projette sa lumière sur ce droit. Il n'y a même aucun paradoxe à soutenir, tant l'esprit juridique faisait le fond de l'esprit des Romains, que qui ignore absolument leur droit n'entre jamais dans tous les secrets de leur langue littéraire. Mais j'écarte ces considérations, malgré leur justesse, pour me placer au point de vue purement juridique. Or, à ce point de vue, les raisons que l'on donne ordinairement pour justifier l'enseignement du droit romain peuvent se ramener à trois : 1° il y a dans nos Codes quelques dispositions directement empruntées au droit romain, et dont par conséquent, mieux qu'aucun commentaire, il éclaire le vrai sens et la portée pratique. Ce premier motif est d'une insuffisance manifeste ; car de telles dispositions sont rares, leur intelligence n'exige nullement la con-

naissance du droit romain dans son ensemble; enfin l'expérience prouve que l'on peut être un homme d'affaires entendu, un praticien délié, sans soupçonner les premiers éléments du droit romain, de même que beaucoup de personnes parlent le français avec exactitude, même avec finesse, sans se douter de l'origine latine d'une foule de nos mots et de nos constructions; 2° si l'on veut comprendre le droit français, non plus dans son sens pratique, mais dans ses raisons d'être historiques, si l'on veut non-seulement saisir la signification de nos textes législatifs, mais, ce qui est plus difficile et non moins essentiel, assister à la génération de nos institutions, c'est souvent à l'antiquité romaine qu'il faut remonter, et il est aussi impossible d'étudier philosophiquement le droit français sans le droit romain que d'arriver à une possession scientifique de la langue française sans une connaissance approfondie du latin. Ce second motif, d'une importance incontestable, me paraît encore insuffisant. En effet, les origines de notre droit actuel ne sont pas exclusivement romaines : il a puisé non moins largement dans nos vieilles coutumes françaises et quelquefois dans le droit canon; pourtant ni les coutumes ni le droit canon ne figurent dans notre enseignement officiel. Ajoutez que le droit romain lui-même n'y entre pas tout entier, il n'y entre que pour le droit privé. Or ce serait une grave erreur de croire que nos droits public, administratif et criminel n'aient pas quelques-unes de leurs racines, et des plus profondes, dans le sol romain. Il faut donc trouver un motif qui justifie plus particulièrement l'étude du droit privé des Romains, qui la justifie même pour un peuple dont les origines n'auraient rien de latin; 3° le droit privé des Romains présente, non pas toujours dans ses principes, mais comme construction et comme œuvre d'art, une supériorité marquée non-seulement sur leur droit public, mais aussi sur les autres législations anciennes et peut-être même modernes. Les causes de cette supériorité apparaî-

tront bientôt, lorsque j'expliquerai le mécanisme législatif des Romains. Ce que je constate pour le moment, c'est qu'envisagé à l'époque classique, je veux dire dans la période intermédiaire entre Cicéron et Alexandre Sévère, et étudié directement dans les textes des grands jurisconsultes, il développe d'une manière admirable les qualités qui caractérisent l'esprit juridique, savoir la finesse de l'analyse, la rigueur dans la déduction et le sens pratique. Jamais, en effet, législation ne fut plus géométriquement construite; jamais jurisconsultes ne déduisirent avec plus de sûreté les conséquences d'un principe; jamais enfin la langue juridique n'atteignit plus heureusement à cette élégance sobre qui consiste surtout dans la propriété de l'expression et la justesse du tour. Aussi peut-on affirmer, sans nulle exagération, que c'est du jour où le droit romain fut sérieusement étudié en France que notre propre droit, jusque-là informe, commença à se coordonner scientifiquement. Et je tiens que celui qui l'aura approfondi, dût-il plus tard en oublier tous les détails, en aura néanmoins retiré un profit durable : à défaut d'érudition, il lui restera l'art de raisonner et le sens juridique; et, pour emprunter à Montaigne une de ses expressions les plus pittoresques, s'il n'a pas meublé son intelligence, il l'aura forgée.

A ce troisième motif, que je crois suffisamment décisif, j'en ajouterai un quatrième selon moi plus décisif encore et d'un ordre plus élevé. Le droit romain, précisément parce qu'il a cessé de vivre, et parce qu'en conséquence nous l'étudions d'une manière plus désintéressée et plus vraiment scientifique, me paraît mieux approprié que le droit français au but final que nous devons toujours poursuivre, savoir la fixation de nos idées générales et la conception des progrès à réaliser dans notre propre société. Je m'explique : sans doute le temps a effacé pour toujours certains faits considérables, tels que l'esclavage, qui jadis fixèrent l'attention des législateurs; sans doute aussi cette atten-

tion est aujourd'hui sollicitée par des faits étrangers aux civilisations anciennes. C'est ainsi que l'invention de l'imprimerie, en permettant la reproduction rapide et indéfinie des œuvres de l'intelligence, a fait naître des théories et des lois sur la propriété littéraire. Néanmoins n'est-il pas incontestable que les relations essentielles que le droit se propose de régler demeurent invariablement les mêmes? Est-ce que la famille et la propriété, et, comme conséquence, le mariage, la filiation, les contrats, les successions, etc., ne forment pas aujourd'hui comme autrefois le principal objet du droit privé? Donc, que nous appliquions notre intelligence à un droit vivant ou à un droit mort, c'est toujours dans le même milieu d'idées que nous nous mouvons. Mais dans l'étude d'un droit vivant, surtout d'un droit qui est le nôtre, la prédominance forcée du point de vue pratique, la nécessité d'éplucher minutieusement tous les textes, d'en préciser les applications même les plus rares et les conséquences les plus lointaines, nous entraînent trop souvent, même à notre insu, à laisser dans l'ombre les idées fondamentales qui doivent gouverner le droit, et à considérer la législation régnante comme une œuvre définitive et invariable. Aussi n'est-ce pas sans quelque effort que nous parvenons à éviter deux écueils également périlleux, une tendance à la casuistique qui fausse le jugement, et une autre qui étouffe l'idée et le désir du progrès, la tendance au respect sans contrôle de lois que nous voyons s'appliquer tous les jours. Ces deux tendances, qui forment le mauvais côté de ce qu'on appelle l'esprit juridique, il est plus facile d'y échapper quand on étudie une législation morte et spécialement une législation qui s'est développée à la manière du droit romain. Il est évident d'abord qu'étudier un droit mort, ce n'est autre chose qu'étudier par un côté spécial l'histoire d'un peuple, c'est l'étudier dans ce qu'elle a de plus intime et d'éternellement vivant, par conséquent de plus instructif, dans le développement des

idées. Or, ou je m'abuse, ou de telles études présentent, plus qu'aucune autre, le double avantage de mûrir le sens critique et de nous préparer à l'intelligence de notre époque, parce qu'elles provoquent des comparaisons multipliées et qu'elles nous initient à la marche et aux procédés naturels de l'esprit humain dans l'enfantement progressif de ses conceptions. Cela est tellement vrai que toutes les sciences morales, quand elles se séparent de l'histoire, sont condamnées à une métaphysique vague ou à l'arbitraire des systèmes. L'étude du passé est une condition essentielle de leur progrès. Mais en ce qui concerne la science juridique, ces résultats, ai-je dit, me paraissent tout particulièrement attachés à l'étude de la législation romaine, et cela tient à ce que de toutes celles qui sont arrivées à un certain degré de perfection, nulle n'a accompli une évolution aussi spontanée et aussi originale. C'est qu'en effet, à l'époque inconnue, mais très-reculée, où les Romains commencèrent à poser les principes de leur droit, de celui qui s'exprima plus tard dans les Douze Tables, ce peuple sans doute avait ses traditions; mais il n'était pas dominé par des précédents législatifs proprement dits; il n'avait pas à sa disposition un arsenal de vieilles lois nationales ou de lois étrangères. Sa législation primitive ne fut donc pas une copie, et ne vécut pas d'emprunts. Elle exprima avec roideur et originalité les mœurs propres d'un peuple encore barbare. Plus tard, quand on sentit le besoin de réagir et de créer une législation nouvelle, cette réaction ne fut pas, comme cela arrive trop souvent chez les peuples modernes, l'œuvre brusque et saccadée d'une autorité indécise, agissant au hasard, multipliant les tâtonnements et revenant le lendemain sur les essais de la veille; elle fut, on le verra bientôt, l'œuvre directe ou indirecte des jurisconsultes, œuvre lente, progressive, empreinte de logique, dans laquelle ces jurisconsultes s'inspirèrent, non pas de systèmes hasardeux ni d'un esprit d'imitation, mais de leur bon sens et des besoins

révélés par les faits qu'ils avaient sous les yeux. Le droit romain nous apparaît donc comme un produit spontané de l'esprit humain abandonné à sa logique naturelle, et c'est pourquoi dans l'ensemble de son développement historique il forme une série continue et un enchaînement où tout se tient. On peut dire de ce droit ce que Cicéron (*De rep.*, II, 1) disait de la constitution politique de Rome : sa perfection tient à ce qu'il ne fut pas l'œuvre improvisée d'un jour ni d'un homme, mais l'œuvre patiente des siècles, l'œuvre commune de tous les citoyens. D'où il résulte que, tout en exprimant avec fidélité le caractère romain, il nous offre dans sa physionomie singulièrement originale le spectacle attachant de l'esprit humain s'analysant lui-même, débrouillant petit à petit ses idées, et par un effort continu s'approchant de plus en plus de l'équité et de la méthode. Ces progrès sont d'autant plus intéressants à suivre, que le langage éminemment conservateur des jurisconsultes suffit presque toujours à en marquer la source et à en fixer la date approximative. Pour qui possède bien ce langage, il est souvent facile de démêler, jusque dans le chaos du Digeste, ce qui appartient au vieux droit civil, ce qui constitue une innovation prétorienne ou ce qui est dû aux juriconsultes, de même qu'à l'inspection des différents terrains la science discerne à quelle période géologique remonte la formation de chacun. En résumé donc, si l'étude approfondie du droit romain ne nous façonne pas directement à la pratique des affaires, si elle ne forme pas des avoués et des notaires, elle nous donne cette expérience scientifique bien autrement précieuse que l'on puise dans les leçons de l'histoire, et par là certainement elle se résout en un profit net pour l'intelligence et en un élément de progrès pour l'avenir.

Est-il besoin maintenant d'insister longtemps sur la méthode que cette étude comporte? Cette méthode, je l'ai indiquée par avance en classant le droit romain parmi les connaissances histo-

riques. Autrefois, quand ce droit gouvernait presque seul nos provinces de droit écrit, et que les pays coutumiers eux-mêmes le consultaient volontiers pour combler les lacunes de la législation nationale, on l'étudiait surtout dans sa dernière expression, tel qu'il fut sous Justinien. Déjà pourtant les plus éminents de nos anciens interprètes avaient compris l'impossibilité de l'envisager à un moment unique et dans une seule de ses phases, en quelque sorte à l'état d'immobilité. Cette impossibilité est devenue plus sensible et plus complète encore aujourd'hui. Ce que nous devons étudier, ce n'est pas seulement le droit de Justinien, simple point d'arrêt; c'est surtout ce grand courant organisateur qui, partant du droit grossier des Douze Tables, aboutit, dans les IIe et IIIe siècles de notre ère, à la constitution du droit qualifié classique, puis s'arrêta tout à coup comme si la vie eût manqué, et fut remplacé par un mouvement de dissolution rapide qui déforma la science, épuisa quelques-uns de ses principes, en rajeunit quelques autres, et finalement détermina l'essai de réorganisation de Justinien. Autrefois donc, la méthode naturellement indiquée, la méthode dominante était celle du commentaire. Il fallait avant tout trouver un sens et une application à tous les textes; et de là les efforts de nos vieux interprètes pour en concilier les antinomies réelles ou apparentes. Aujourd'hui, moins curieux de la poursuite des détails, nous pouvons rester indifférents aux nombreuses controverses dans lesquelles il s'agit seulement de savoir ce qu'a pensé tel jurisconsulte, ce que signifie tel texte, sans que de là dépende aucun principe essentiel. Le point de vue pratique, en un mot, celui qui consiste à se demander sur chaque hypothèse ce que devait décider le juge romain, est devenu secondaire. Notre tâche consiste à dégager la physionomie générale du droit romain, les caractères saillants de ses diverses créations, quelquefois les courants d'idées opposées qui se sont disputé le succès. Il faut faire res-

sortir les transformations que les principes ont subies dans leur essence ou dans leur organisation, et chercher, soit dans les progrès de la raison générale, soit dans les variations du milieu social, les causes qui ont suscité et développé, puis finalement maintenu ou ruiné chaque institution juridique. Ainsi, tout en exposant les conceptions successives du génie romain, nous les aurons jugées, et nous aboutirons à des conclusions justifiées sur leur valeur rationnelle.

ERRATA

Page 8, ligne 13, *au lieu de :* C. 5, *lisez :* L. 5.
— 26, ligne 21, *au lieu de :* φυλάρχος, *lisez :* φυλάρχος.
— 33, ligne 29, *au lieu de :* abrogation, *lisez :* adrogation.
— 52, ligne 18, fermez la parenthèse *après* Justinien, et non pas *après* βιβλίῳ.
— 94, note 2, ligne 1, *au lieu de :* le, *lisez :* ce. *Au lieu de :* ces *lisez :* les.
— 150, note 1, *au lieu de :* 12, *lisez :* 16.
— 151, note 2, ligne 1, *au lieu de :* note 1, *lisez :* note 2.
— 162, ligne 14, *au lieu de :* d'un mari, *lisez :* du mari.
— 164, note 1, ligne 1, *au lieu de :* abrogation, *lisez :* adrogation.
— 170, ligne 15, *avant* quant, *mettez :* 2°.
— 180, ligne 18 de la colonne latine, *au lieu de :* fratre, *lisez* : patre.
— 180, ligne 32 de la colonne latine, *au lieu de :* filiam, *lisez :* filium.
— 224, note 2, ligne 10, *supprimez :* chez eux.
— 240, note 1, ligne 3, *avant :* Scipion, *lisez :* un fils de.
— 249, ligne 1, *au lieu de : De jur. patr., lisez : De bon. lib.*
— 307, *transportez* au commencement de la ligne 4 les mots : à l'agnat, qui commencent la ligne 5.
— 320, note 1, ligne 14, *au lieu de:* (page 316, note 1), *lisez :* (page 315, note 4).
— 320, note 1, ligne 15, *au lieu de :* habitants, *lisez :* magistrats.
— 324, note 3, ligne 1, *au lieu de :* amidse, *lisez :* admise.
— 330, ligne 13, *au lieu de : sobrinus, lisez : sobrino sobrinave natus.*
— 362, ligne 17, *au lieu de :* L. 5, *lisez :* L. 2.
— 389, ligne 22, *avant:* si, *lisez :* ou.
— 389, ligne 25, *au lieu de :* 3°, *lisez :* 2°.
— 391, note 2, ligne 2, *au lieu de :* son, *lisez :* leur.
— 411, ligne 12, *au lieu de :* serait, *lisez :* sera.
— 432, ligne 6, *au lieu de :* émancipés, *lisez :* mancipés.
— 441, ligne dernière, *après :* conservait, *lisez :* presque toujours.
— 445, ligne 1, *au lieu de :* atrisans, *lisez :* artisans.
— 535, ligne 10, *avant :* L. 77, *lisez : Fr. vat.*, § 329.
— 535, note 2, ligne 2, *après :* autrui, *lisez :* à
— 545, note 2, ligne 1, *au lieu de:* dotue, *lisez:* doute.
— 567, ligne 26, *au lieu de :* VI, *lisez :* IV.
— 576, ligne 9, avant : *De sol.*, *mettez :* L. 60.
— 588, note 3, ligne 6, *au lieu de :* L. 3 § 1, *lisez :* L. 2 § 1.
— 592, ligne 25, *après* partage, *placez* l'appel de la note 1 de la page 593.
— 593, la note 1 étant transportée à la page précédente, *donnez* le numéro 1 à la note 2.
— 625, ligne 17 du n° 262, *après* une *ajoutez :* action.
— 630, note 2, ligne 2, *au lieu de :* fond, *lisez :* fonds.
— 633, ligne 14, *au lieu de :* peu, *lisez :* peut.
— 643, ligne 18, *au lieu de :* permet, *lisez :* permette.

Page 651, ligne 22, *après serpit*, *effacez* le point.
— 706, ligne 26, *au lieu de :* il n'y a, *lisez :* il y a.
— 710, ligne 8, *au lieu de :* L. 7, *lisez :* LL. 6 et 7 § 1.
— 710, ligne 26, *au lieu de:* 48, *lisez:* 18.
— 710, ligne 30, *au lieu de:* L. 3, *lisez:* L. 2.
— 711, ligne 17, *au lieu de :* L. 34, *lisez :* L. 38.
— 717, ligne 14 du n° 293, *au lieu de : De distr. pign.*, XX, 5, *lisez: Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6.
— 735, ligne 2, *au lieu de :* LL. 22 et 23, *lisez :* LL, 21 et 22.
— 779, ligne 1, *au lieu de :* ALIÉNABILITÉ, *lisez* : INALIÉNABILITÉ.
— 781, note 1, ligne 3, *au lieu de :* d'un mari, *lisez :* du mari.
— 782, note 4, ligne 4, *au lieu de :* L. 7, *lisez :* L. 78.
— 785, ligne 8, *après:* acquéreurs, *placez* l'appel de la note 1.
— 787, note 1, ligne 5, *après* 97, *lisez :* cap. 1.
— 790, ligne 22, *au lieu de :* § 24, *lisez :* § 34.
— 843, ligne 8, *au lieu de :* tout, *lisez :* tous.
— 843, ligne 26, *au lieu de :* XXXVI, *lisez :* XXXVII.
— 856, ligne 18, *au lieu de :* IV, 1, *lisez :* IV, 4.
— 862, note 5, ligne 8, *au lieu de :* XXVIII, 8, *lisez :* C. VI, 30.
— 877, ligne 28, *au lieu de :* 47, *lisez :* § 7.
— 885, ligne 11, *après* même, *effacez* la virgule.
— 893, ligne 22, *au lieu de :* pourrait, *lisez :* pouvait.
— 893, ligne 30, *au lieu de :* ou autrement; une, *lisez :* disposé d'une.
— 894, ligne 22, *au lieu de :* 28, *lisez :* 20.
— 902, ligne 28, *au lieu de :* § 8, *lisez :* § 9.
— 909, ligne 24 du n° 362, *après le mot* fidéicommis, *on a omis ce qui suit :* comprenant leur part héréditaire dans le fonds Cornélien, tandis que réciproquement lui-même est grevé envers eux d'un fidéicommis.
— 926, ligne 20, *au lieu de :* avec, *lisez :* avant.
— 928, ligne 3, *au lieu de :* 20 § 1, *lisez :* 20 pr.
— 928, ligne 11, *au lieu de :* 20 pr., *lisez :* 20 § 1.
— 929, *placez* l'appel de la note 1 à la ligne 3, *après : subst.*, l'appel de la note 2 à la ligne 12, *après :* légitime; puis intervertir les notes 1 et 2 et en changer les numéros.
— 940, ligne 2 des notes, *au lieu de :* page 200, *lisez :* page 224.
— 944, ligne 29, *au lieu de :* 246, *lisez :* 249.
— 951, note 1, *effacez* la dernière phrase.
— 954, note 1, ligne 3, *au lieu de :* 198, *lisez :* 196.
— 957, ligne 3, *au lieu de :* § 12 2, *lisez :* 12 § 2.
— 962, ligne 23, *au lieu de :* tenue, *lisez :* tenu.
— 971, *effacez* la note 1.
— 973, ligne 7, *au lieu de :* L. 13, *lisez :* L. 31.
— 989, la note 4 prendra le n° 2, et les notes 2 et 3 les nos 3 et 4.
— 996, lignes 8 et 9, *au lieu de:* constituer, *lisez :* continuer.
— 1005, *renversez* l'ordre des notes 1 et 2.
— 1007, note 3, ligne 2, *au lieu de : De leg.* 3°, *lisez : De leg.* 2°.
— 1017, note 1, ligne 8, *au lieu de:* L. 86 § 3, *lisez:* L. 83 § 6.
— 1021, ligne 12, *après* le mot héritier *placez* l'appel de la note 3.
— 1033, ligne 17, *au lieu de :* au, *lisez :* aux.
— 1067, ligne 6, *au lieu de :* L. 18, *lisez:* L. 19 § 2.

PROLÉGOMÈNES

SOMMAIRE : I. Notions générales. — II. Division générale du droit en droit public et droit privé. — III. Subdivision du droit privé, quant à l'étendue de son application, en droit naturel, droit des gens et droit civil. Réduction de cette subdivision aux deux derniers termes. — IV. Subdivision du droit privé, quant à son mode de formation, en droit écrit et droit non écrit. — Des six sources du droit écrit. Histoire externe du droit romain. — V. Fusion des produits de toutes les sources du droit dans la compilation de Justinien. Exposé et appréciation de l'œuvre de cet empereur. — VI. Subdivision du droit privé, quant à son objet, en trois parties : les personnes les choses, les actions.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES.

Lib. I, tit. I, *De justitia et jure*, pr. — Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi (1) (Ulp., L. 10 pr., *De just. et jur.*, I, 1).

La justice consiste en une volonté ferme et permanente de respecter le droit de chacun.

§ 1. — Jurisprudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti (2) scientia (Ulp., L. 10 § 2, *eod. tit.*).

La jurisprudence est la connaissance des choses divines et des choses humaines, la science de ce qui est conforme ou contraire au droit.

§ 3. — Juris præcepta sunt hæc : honeste (3) vivere, alterum non lædere, suum cuique reddere (Ulp., L. 10 § 1, *eod. tit.*).

Les préceptes du droit se résument ainsi : vivre dignement, ne léser personne, rendre à chacun ce qui lui appartient.

1. Si l'on interroge l'étymologie des mots, on se convaincra vite que les premières idées des Romains sur le droit et la justice furent très-grossières. Le droit (*jus*, de *jubere* ou *jussus*) ne serait qu'une liste de

(1) Cicéron (*de Finib.*, V, 23) définit la justice d'une manière moins complète : *Animi affectio suum cuique tribuens*. Le mot *affectio*, quoique souvent employé dans le sens d'intention (L. 60 pr., *De verb. signif.*, L, 16), n'a pas la netteté du mot *voluntas*, qui désigne toujours une disposition réfléchie et non pas simplement passive. Pour les stoïciens, *voluntas* signifiait exclusivement, par opposition à *libido* ou à *cupiditas*, toute impulsion ferme et consciente d'elle-même vers le bien (Cicéron, *Tuscul. disput.*, IV, 6). *Voluntas*, ainsi entendu, aurait à lui seul un sens bien voisin de celui de *justitia*.

(2) Il faut éviter de confondre *justus* et *injustus* avec *æquus* et *iniquus*. L'antithèse est marquée dans plusieurs textes (Gaius, IV, §§ 116, 126, 127, 128). *Justum* désigne toute chose qui, équitable ou non, est conforme au droit. De là les expressions *justa servitus*, *justum bellum*, *justæ nuptiæ*, *justum dominium*, et bien d'autres également dénuées de sens pour qui confondrait *justus* et *æquus*.

(3) *Honeste* veut plutôt dire honorablement, dignement, qu'honnêtement. De là un sens dérivé dans lequel *honestus* ne se réfère qu'à l'honorabilité extérieure. Ainsi l'on oppose *honesti homines* (les gens comme il faut) et *humiles homines* (les gens d'un rang inférieur) (Inst., § 4, *De publ. jud.*, IV, 18).

commandements imposés par l'autorité (1). La justice (de *juri stare*) consisterait tout entière à observer ces commandements, bons ou mauvais, et la science du droit (*jurisprudentia*) à les connaître. Le droit serait donc antérieur à la morale, il en serait la source : doctrine qui implique négation ou ignorance absolue du droit naturel et aboutit à légitimer l'arbitraire législatif. De bonne heure, toutefois, et principalement sous l'influence de la philosophie grecque, une réaction s'opéra : les Romains, plus éclairés, comprirent que le droit, loin d'engendrer la justice, doit s'en inspirer et ne vit que par elle.

Cicéron, qui fut le premier et le plus éminent vulgarisateur de cette idée, distingue très-nettement ce qu'il appelle *natura et lex*, ce que nous appelons la loi naturelle et la loi positive (*De part. orat.*, 37). A ses yeux, la loi naturelle est en quelque sorte innée en nous; antérieure à la fondation des premières cités, comme à la promulgation des plus anciennes lois écrites, elle est universelle, c'est-à-dire faite pour tous les hommes et non pour un seul peuple. Aussi faut-il y voir la véritable source du droit (*juris natura fons est. — Initium juris ab natura ductum.— Non opinione, sed natura constitutum jus*), et ce n'est point aux douze tables ou à l'édit prétorien, mais à la philosophie seule, que le jurisconsulte doit demander une direction. Toutefois, cette oi naturelle ne nous luit jamais tout entière ni avec une parfaite netteté, et la loi positive est impuissante à nous en donner une reproduction absolument fidèle; elle ne peut que s'en rapprocher de plus en plus (*De inv.*, II, 22; *De legib.*, I, 5, 6, 7, 10 et 12; *De off.*, III, 17). Ces idées ne demeurèrent pas cantonnées dans les livres des philosophes, et si l'on en veut des preuves bien sensibles, les jurisconsultes, surtout dans leurs ouvrages élémentaires, s'appliquaient à définir la justice, ils y rattachaient la notion de droit. Ulpien va tellement loin dans cette voie qu'il fait dériver le mot *jus* du mot *justitia*, prenant ainsi le contre-pied de la vérité étymologique et de la vérité historique, mais par cela même faisant ressortir avec d'autant plus d'énergie la subordination nécessaire de la loi positive à la loi naturelle (L. 1 pr., L. 10 pr., *De just. et jur.*, I, 1). Cette conception élevée du droit ne pouvait qu'être accueillie et popularisée par le christianisme; elle s'imposait donc à Justinien. Aussi voyons-nous les Institutes et le Digeste s'ouvrir par un titre *De justitia et jure*, et le titre des Institutes débuter

(1) Notre mot *droit* (de *dirigere*) contient une idée plus exacte, celle d'une direction qui s'impose à la raison humaine.

par une définition de la justice, comme pour annoncer que cette notion va dominer l'œuvre entière.

Dans cette réaction contre des idées justement vieillies, les jurisconsultes ne surent pas toujours se garder de quelque confusion entre le droit et la morale. C'est ainsi que Celsus définit le droit *ars boni et æqui*, c'est-à-dire le bien et l'équité formulés en règles pratiques, comme si le législateur avait mission de procurer l'application complète de la morale (1) ! Et Ulpien, commentant cette définition, s'égare dans un mysticisme de langage aussi contraire à ses habitudes qu'à la vraie science, quand il qualifie les jurisconsultes *prêtres de la justice* (L. 1 pr. et § 1, *De just. et jur.*, I, 1). La même exagération reparaît aux Institutes. D'après une définition (§ 3 *sup.*) qu'elles empruntent à ce même Ulpien, le droit nous commanderait de vivre honorablement, comme si, en dehors de notre propre conscience, il y avait aucune autorité compétente pour nous imposer ce respect de nous-mêmes qui se traduit par la droiture des sentiments et par la dignité de la conduite (2) ! Heureusement, cette conception fausse, qui assignerait au droit des limites aussi étendues que celles de la morale, resta longtemps enfermée dans le domaine de la spéculation, et elle n'exerça jamais d'influence sensible sur la législation romaine jusqu'au jour où la christianisme, assis sur le trône, devint le principal inspirateur des lois (3).

2. Passons à l'analyse des troisdéfinitions contenues dans les textes précités.

(1) Cette définition a aussi le tort de donner à croire que toute règle de droit soit en même temps une règle de morale. Les mêmes défauts se rencontrent dans une définition qui appartient à Cicéron et est ainsi conçue : *jus civile est æquitas constituta inter cives.* (Top., 2.)

(2) Si, comme on le voit, les jurisconsultes romains ont aperçu et dans une certaine mesure précisé les rapports du droit avec la morale, assurément ils n'en soupçonnaient pas les rapports avec la science économique, dont la conception ne remonte guère au delà d'un siècle, et ils ont à peine entrevu les ressources que les études juridiques peuvent tirer de l'histoire. Ce n'est pas que les Romains n'aient obéi à certaines théories économiques, souvent même fort défectueuses : mais ils les appliquaient, comme ce bourgeois de Molière faisait de la prose, sans le savoir. Quant à l'histoire, elle n'est pour les anciens qu'un drame ou un cours de morale pratique, quelquefois un cadre à faire ressortir la figure agrandie et glorifiée de leur patrie. Mais ils ne la conçoivent pas comme une véritable science qui étudie le mouvement des idées et cherche à dégager sous la variété des événements les lois constantes des sociétés.

(3) Le code Justinien s'ouvre par un titre *De summa trinitate.* La comparaison de ce début avec celui du Digeste donne la mesure de l'action que les idées chrétiennes eurent sur la législation.

Définition de la justice (pr. *sup.*). — On peut envisager la justice ou comme un caractère des actions humaines, ou comme une vertu de l'homme. Il y a donc lieu de définir et l'acte juste et l'homme juste. L'acte juste est celui qui ne porte aucune atteinte aux droits d'autrui. L'homme juste est celui dont tous les actes sont gouvernés par la volonté de ne nuire à personne. Cette seconde définition, qui est celle que Justinien nous présente ici, se décompose en deux idées bien distinctes : pour mériter la qualification d'homme juste, ce n'est pas assez de ne nuire à personne, il faut que cela soit réfléchi et voulu; en outre, des actes de justice accidentels, isolés ou espacés entre des actes injustes, ne suffisent pas, il faut l'habitude et la pratique constante de la justice (1).

Définition du droit (§ 3 *sup.*). — Le droit étant conçu comme une émanation de la justice, ses prescriptions ne sauraient dépasser les exigences de la justice proprement dite. Si donc il est vrai que par une conduite sans dignité nous nous dégradons nous-mêmes sans nuire directement à personne, la loi est incompétente, quoi qu'en dise Justinien, pour nous commander de vivre honorablement (*honeste*) (2). Sa véritable mission consiste dans la détermination détaillée et dans l'organisation régulière de nos droits. Et Justinien résume exactement cet objet en disant que le droit nous prescrit : 1° de ne léser personne; 2° de rendre à chacun ce qui lui appartient. — Le premier précepte n'est que l'application de la morale négative, et sa légitimité ne saurait faire le moindre doute. Quant au second, il ne faudrait pas croire qu'empiétant sur le domaine de la morale positive, il tende à nous imposer, comme règle générale, de mettre notre activité au service d'autrui (3). Il fait plutôt allusion aux obligations dont nous sommes

(1) Aussi ne puis-je souscrire à la critique de certains interprètes qui voudraient retrancher de la définition de Justinien le mot *perpetua*. Si mes actes d'hier, disent-ils, ont été justes, ils demeurent tels malgré mes injustices d'aujourd'hui. J'accorde sans difficulté que, pour déterminer si un acte est juste ou injuste, il suffit de le considérer en lui-même dans ses éléments, soit matériels, soit intentionnels. Mais cette critique, qui serait exacte si le texte entendait définir l'acte juste, tombe d'elle-même du moment qu'il s'agit de définir l'homme juste.

(2) Et c'est pourquoi l'on distingue quelquefois ce qui est simplement légal ou permis (*quod licet*) de ce qui est moral (*quod honestum est*) (L. 144 pr., *De reg. jur.*, L, 17).

(3) C'est sans doute pour être partis de cette fausse interprétation que quelques auteurs ont considéré la règle *alterum non lædere* comme contenue dans celle-ci : *suum cuique tribuere* (3 *sup.*). Il est clair, en effet, que si le droit nous commande la bienveillance envers nos semblables, ce précepte implique qu'il faut d'abord ne pas leur nuire.

tenus, non par une conséquence immédiate de l'existence même de la société, mais par suite de certains faits spéciaux, tels que les contrats.

Définition de la jurisprudence (§ 1 *sup.*). — Le mot *jurisprudentia* (1) désigne la science du droit, et ceux qui la possèdent s'appellent *jurisprudentes* (2). Justinien s'exprimerait donc avec autant d'exactitude que de clarté, s'il se bornait à définir la jurisprudence la science de ce qui est conforme ou contraire au droit (*justum et injustum*). Mais il y fait entrer de plus la connaissance des *res divinæ* et des *res humanæ*. Et de là, grand embarras parmi les interprètes. Car les choses ne pouvant être que divines ou humaines, si le droit les embrasse toutes, ne semble-t-il pas qu'il soit la science universelle? Or, telle n'est, à coup sûr, ni la pensée d'Ulpien ni la prétention de Justinien qui le copie. A mes yeux, le texte se réfère, dans un style assurément vague et ambitieux, à la distinction, jadis si importante, du droit religieux et du droit profane (3). Il signifie qu'à côté des principes qui gouvernent les relations des hommes entre eux, le droit contient d'autres principes destinés à régler les relations de l'homme avec la Divinité, en d'autres termes, l'organisation du culte et des sacerdoces (4).

(1) Ce mot, en passant dans notre langue, a complétement changé de signification. Nous appelons jurisprudence l'interprétation que l'autorité judiciaire donne ordinairement à une loi. C'est ainsi que l'on oppose quelquefois la jurisprudence à la doctrine. C'est ainsi encore que l'on distingue plusieurs jurisprudences. On dira, par exemple, que sur tel point les cours d'appel ont une jurisprudence contraire à celle de la cour de cassation.

(2) Souvent aussi le droit est appelé *prudentia, scientia* ou *sapientia civilis*, parce que cette science est considérée comme particulièrement nécessaire au citoyen, et les jurisconsultes sont simplement désignés sous le nom de *prudentes*, précisément parce qu'aux yeux des Romains le droit constitue la science par excellence. Ils tenaient pour honteux à un homme d'une certaine condition de l'ignorer. Pomponius l'atteste (L. 2 § 43, *De orig. jur.*, I, 2) par l'anecdote suivante : Servius Sulpicius, le premier avocat de son temps après Cicéron, consulta un jour le jurisconsulte Quintus Mucius, et, malgré la complaisance que celui-ci mit à lui répéter sa réponse, il ne la comprit pas. Alors Quintus Mucius lui reprocha vivement son ignorance, honteuse, disait-il, pour un patricien et pour un avocat. Ces reproches mérités déterminèrent Servius Sulpicius à étudier le droit, et il devint l'un des principaux jurisconsultes de son temps. Il est cité dans les Institutes de Gaius (II, § 244; III, § 149) et dans celles de Justinien (§ 2, *De societ.*, III, 25).

(3) D'après Cicéron (*De part. orat.*, 37), le droit naturel et le droit positif se divisent l'un et l'autre en *jus divinum* et *jus humanum*, le *jus divinum* ayant pour objet la religion et le *jus humanum* l'équité.

(4) On a donné plusieurs autres interprétations de ces mots *rerum divinarum atque humanarum notitia* : 1° le texte se référerait à la division des choses en *res divini juris* et *res humani juris*, qui sera expliquée plus loin (nos 190 à 193); et, en effet, ces expressions ont quelquefois pour synonymes *res divinæ* et *res humanæ* (L. 1 pr., *De interd.*, XLIII, 1). Mais pourquoi dans une définition du droit faire spécialement

II. — DIVISION GÉNÉRALE DU DROIT EN DROIT PUBLIC ET EN DROIT PRIVÉ.

Lib. I, tit. I, *De justitia et jure*, § 4. — Hujus studii duæ sunt positiones (1), publicum et privatum. Publicum jus (2) est quod ad statum rei Romanæ spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet (Ulp., L. 1 § 2, *De just. et jur.*, I, 1).

Cette étude se divise en deux branches, le droit public et le droit privé. Le droit public a trait à l'organisation de l'état romain, le droit privé, aux intérêts des particuliers.

3. Justinien, après avoir posé cette division fondamentale, va se renfermer dans l'exposition du droit privé, et c'est le seul aussi dont je me propose d'expliquer les principes. Toutefois, il est essentiel de prendre une idée au moins sommaire de l'objet du droit public. Ulpien (L. 1

allusion à cette division des choses plutôt qu'à une autre ? Et pourquoi à une division des choses plutôt qu'à une division des personnes ? 2° Le texte signifierait que, pour être vraiment jurisconsulte, il faut avoir fixé ses croyances sur tout ce qui concerne les grands problèmes de la métaphysique. Mais cette idée, outre qu'elle serait énoncée dans un langage bien obscur, ne me paraît pas complétement vraie. Sans doute, les décisions du législateur dépendent beaucoup des doctrines philosophiques qu'il adopte. Si, par exemple, il ne tient pas pour scientifiquement démontrée l'existence d'un Dieu, il doit exclure la preuve par serment (n° 776). Sans doute aussi les doctrines philosophiques du jurisconsulte influent profondément sur sa manière d'apprécier la loi. Mais dans sa mission d'interprète, qui est la principale, il doit dépouiller ses idées personnelles, et se pénétrer, pour arriver à une exacte intelligence de la loi, des principes qui en ont dirigé les auteurs. S'il le fait, quelles que soient ses opinions métaphysiques, et quand même il n'en aurait aucune, il aboutira à des conclusions exactes, et tous ceux qui étudieront la loi sans parti pris arriveront infailliblement à des conclusions identiques; 3° il faudrait réunir ensemble les deux membres de phrase de notre § 1; alors ils signifieraient que le droit étudie les choses divines et les choses humaines, dans leur rapport avec le juste et l'injuste. Cette explication me paraît en elle-même peu intelligible, conséquemment très-inférieure aux deux précédentes.

(1) Le mot *positio* serait assez exactement rendu par *point de vue* ou *aspect*.

(2) L'expression *jus publicum* n'affecte pas toujours cette signification technique. Elle s'applique aussi en matière de droit privé, et alors elle présente toujours l'une des deux acceptions suivantes : 1° elle comprend toutes les règles d'ordre public, c'est-à-dire celles auxquelles la volonté des particuliers ne peut pas déroger (L. 38, *De pact.*, II, 14. — L. 5 § 7, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7. — L. 1 § 9, *De mag. conv.*, XXVII, 8. — L. 15 § 1, *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2. — L. 45 § 1, *De reg. jur.*, L, 17). En ce sens on emploie quelquefois aussi, mais rarement, et avec peu d'exactitude, l'expression *jus commune* (L. 7 § 16, *De pact.*). 2° Elle désigne toute la portion du droit que l'on considère comme conforme aux principes généraux et que l'on applique toutes les fois qu'une disposition spéciale n'y a pas dérogé (L. 29, *De test. tut.*, XXVI, 2. — L. 36 § 1, *De excus.*, XXVII, 1.). Dans ce dernier sens, *jus publicum* a pour équivalent très-exact *jus commune* (L. 51 § 4, *De fid.*, XLVI, 1 et L. 116 § 1, *De reg. jur.* rapprochées. — Inst., pr., *Quib. non est permiss.*, II, 12), et l'une et l'autre sont opposées à *jus singulare* (L. 16, *De legib.*, I, 3).

§ 2, *De just. et jur.*), avec une extrême concision, le réduit aux trois termes suivants : *sacra*, *sacerdotes*, *magistratus :* 1° *sacra*, c'est-à-dire la détermination des dieux officiellement reconnus, du culte institué pour chacun, et des divers rites et sacrifices que ce culte comporte ; 2° *sacerdotes*, c'est-à-dire l'organisation des différents sacerdoces, le mode de recrutement de chacun, les fonctions et les prérogatives de chaque prêtre ou collége de prêtres ; 3° *magistratus*, c'est-à-dire le nombre et la nature des diverses magistratures, soit romaines, soit municipales, le mode de nomination et les attributions de chaque magistrat. Il convient de faire rentrer dans ce troisième terme l'organisation et la compétence des assemblées publiques et des corps constitués, tels que le sénat.

A. Comme on le voit par les deux premiers termes de l'énumération d'Ulpien, les Romains, subissant une loi dont l'application fatale se retrouve au début de toutes les civilisations, avaient compris les institutions religieuses parmi les institutions publiques. Primitivement tous leurs magistrats ne furent que des prêtres (1), et c'est en cette qualité qu'ils étaient si souvent appelés à prendre les auspices (2) et à faire des sacrifices. Le droit et la religion étaient tellement unis et en quelque sorte mêlés ensemble que même au dernier siècle de la république, l'on ne pouvait être bon pontife sans connaître le droit civil (3). Toutefois la décadence des anciennes croyances populaires amena peu à peu la désuétude de toute une partie du droit religieux, celle qui avait pour objet la connaissance des formules et des rites. Cicéron (*De orat.*, III, 33) atteste que de son temps on n'étudiait plus le droit pontifical, tandis qu'anciennement, au rapport du même auteur (*De divin.*, I, 41), un sénatus-consulte avait exigé que l'on tînt constamment chez chaque peuple étrusque six enfants de patriciens pour s'y former à l'art de la divination (4).

(1) C'est la remarque formelle de Jean Lydus, contemporain de Justinien, en la préface de son traité des magistratures romaines.

(2) Anciennement l'on ne procédait à aucun acte de la vie publique sans prendre les auspices. Cette coutume remonte au commencement de Rome (Denys d'Hal., II, 6). On les prenait même pour les principaux actes de la vie privée (Val. Max., lib. II, cap. 1, *De nupt.*). Cette dernière observation toutefois ne s'applique qu'aux familles patriciennes ; car les patriciens seuls avaient le droit de prendre les auspices. Les plébéiens, même investis d'une magistrature, ne l'avaient pas (Tite-Live, VI, 41. — Cic., *pro Domo*, 14).

(3) C'est, d'après Cicéron, ce que le grand pontife Scévola répétait fort souvent (*De legib.*, II, 19).

(4) Tacite (*Annal.*, XI, 15) confirme ce témoignage de Cicéron et nous apprend

A. Malgré cet affaissement des croyances, la religion se maintint comme institution officielle, et le droit religieux, quoique amoindri, subsista. Mais, comme les religions anciennes n'imposaient pas de symbole et n'enchaînaient pas la pensée, cette confusion de l'État et de la religion ne produisit jamais à l'époque païenne les conséquences funestes qu'elle a développées depuis. Logiquement, elle aurait dû disparaître par le triomphe du christianisme; au lieu de cela, elle ne fit guère que changer de forme. Sans doute les magistrats proprement dits n'eurent plus rien du caractère sacerdotal; mais dans une certaine mesure le prêtre devint magistrat, je n'en veux d'autre preuve que la juridiction des évêques (*De episc. aud.*, C., I, 4). D'autre part, l'autorité ne règla plus, comme autrefois, les cérémonies du culte, mais elle imposa la foi aux décisions des conciles (C. 5, C., *De summ. trinit.*, I, 1). La loi ne se borna donc plus à une sobre intervention dans la conduite extérieure de l'homme, elle prétendit régner sur les consciences. Aussi ne faut-il point s'étonner que Justinien comprenne encore les *sacra* et les *sacerdotes* dans le *jus publicum*, de même que tout à l'heure il comprenait les *res divinæ* dans la *jurisprudentia*. Ces définitions, quoique contraires à l'esprit du christianisme primitif, n'avaient pas cessé d'être conformes à l'état des faits.

4 *a*. Cette classification du droit en public et privé étant présentée comme absolument générale, de quel côté rangerons-nous ces branches spéciales que nous appelons droit des gens (1), droit administratif, droit criminel (2)? Sur le droit des gens, nulle difficulté : son développement implique la coexistence de plusieurs nations reconnaissant réciproquement leur indépendance et leur droit d'être, et entretenant ensemble une série de relations fondées sur une égalité complète ou approximative. Comment donc les Romains, qui ne connurent guère que des ennemis à dompter ou des barbares dont ils vivaient séparés par le mépris autant que par la distance, eussent-ils réussi à constituer un droit des gens complet (3)? Quant au droit administratif, s'ils ne

que sous Claude le sénat dut prendre des mesures pour empêcher l'art des aruspices de disparaître.

(1) Je prends cette expression dans un sens moderne, c'est-à-dire comme synonyme de droit international. On verra bientôt (n° 7) que la langue juridique des Romains lui donne d'ordinaire un tout autre sens.

(2) Je ne parle ni du droit commercial ni de la procédure civile, qui rentrent évidemment dans le droit privé.

(3) Les principales matières qui paraissent avoir été comprises dans le droit des gens à Rome sont les suivantes : 1° les formes à suivre pour les déclarations

lui ont pas donné de nom et ne l'ont pas classé à part, cela tient sans doute à ce qu'ils font rentrer les différents éléments qui le composent, les uns dans le droit privé, les autres dans le droit public. S'agit-il, en effet, de régler entre l'administration et les particuliers des rapports qui se présentent entre les particuliers eux-mêmes, nous restons dans le droit privé. S'agit-il, au contraire, d'organiser des matières tout à fait étrangères aux relations des particuliers entre eux, telles que les impôts, le droit administratif n'est plus qu'une dépendance du droit public. Enfin en ce qui concerne le droit criminel, si d'une part on observe que Justinien lui consacre un titre dans ses Institutes (IV, 18), œuvre qui prétend ne pas toucher au droit public, on sera porté à le comprendre dans le droit privé. Si d'autre part on considère que ce droit est essentiellement dépendant de l'organisation politique, dur et ombrageux sous un régime arbitraire, plus humain et plus soigneux de la liberté individuelle sous un régime libéral, on le rattachera assez volontiers au droit public. Avec plus de justesse encore, on y verrait une branche distincte de toutes les autres; et tel est peut-être au Digeste et au Code le point de vue de Justinien, puisque dans chacune de ces deux compilations il lui consacre un livre spécial (Dig., lib. XLVIII. — Cod., lib. IX) (1).

5 *a*. Reste à voir pourquoi, tandis que le droit privé des Romains s'élevait, comme équité et comme méthode, à cette hauteur qui lui a valu chez les modernes la qualification un peu exagérée de *raison écrite*, le droit public et le droit criminel languissaient informes, égarés

de guerre et la conclusion des traités, surtout des traités de paix. C'est là l'objet du *jus fetiale* (Cic., *De off.*, I, 11; *De rep.*, II, 17). 2° Les droits et obligations qui dérivent de l'état de guerre. Par exemple le serment fait à l'ennemi doit être respecté, et nul ne peut prendre part à la guerre sans être soldat régulier. C'est là l'objet du *jus bellicum* (Cic., *De off.*, I, 11; III, 29). 3° Les règles relatives aux *legati*, c'est-à-dire aux ambassadeurs envoyés par un peuple étranger au peuple romain, ou réciproquement (L. 17, *De leg.* L, 7).

(1) Au surplus, s'il est difficile de faire la part exacte du droit public et du droit privé, cette division n'en demeure pas moins fort rationnelle en elle-même. Mais de là il ne faudrait pas conclure à la pleine indépendance respective de l'un et de l'autre. C'est le droit public, en effet, qui détermine soit l'autorité compétente pour faire les lois, soit la forme selon laquelle elle procède; c'est le droit public aussi qui organise et les juridictions appelées à vider les procès et la force publique chargée d'exécuter les sentences judiciaires. A ce double titre, il est incontestable que le droit privé réfléchit toujours avec plus ou moins de fidélité les variations du droit public, et que l'état politique d'un peuple influe dans une assez large mesure soit sur les décisions mêmes de la loi, soit sur ce que nous appelons la jurisprudence.

dans l'arbitraire (1). Ce fait s'explique par deux raisons, l'une historique, l'autre psychologique.

La première et la plus apparente tient à la nature du milieu politique où le droit romain se développa. Dès la république, le droit privé fut en bonne partie l'œuvre des jurisconsultes; il le fut plus directement encore sous l'empire, et c'est pourquoi il ne fut ni entravé dans sa direction logique ni interrompu dans sa marche progressive vers l'équité. Les plus mauvais princes, en tolérant, en favorisant même les progrès du droit privé, écartaient un élément de mécontentement. Eux qui, pour prévenir les révolutions, caressaient la populace désœuvrée de Rome, qu'avaient-ils à perdre si la propriété était garantie contre tous, excepté contre César, si le respect des conventions était de plus en plus assuré, si la nature recouvrait ses droits dans les relations de famille, si tous enfin vivaient soumis à un droit civil simple, équitable, méthodique, dont César seul serait affranchi? Tout au contraire, le droit public et le droit criminel, jadis œuvre du peuple et qui s'inspiraient alors d'un sentiment profond des libertés politiques et de la liberté individuelle, émanèrent désormais directement des empereurs. Or, les Césars, dans leur politique presque toujours dictée par un étroit esprit de conservation personnelle, tendirent avant tout à se maintenir. Donc concentrer toute autorité entre les mains du prince, supprimer toute initiative chez les magistrats, réduire les particuliers au soin de leurs intérêts privés ou même de leurs plaisirs, anéantir ainsi la liberté sous prétexte de prévenir la licence et éteindre la vie pour assurer la paix, enfin effrayer par des peines disproportionnées ou barbares et punir indistinctement des crimes réels ou imaginaires, parfois des idées généreuses; tel fut le but vers lequel nécessairement convergèrent toutes les institutions qui rentrent dans le droit public et dans le droit criminel. En résumé, le droit privé, ne faisant ombrage à personne, se développa toujours naturellement. Même sous le régime impérial il put s'inspirer, avec suite et indépendance, de principes vraiment philosophiques; et voilà pourquoi il finit par s'organiser en une science fine et profonde, tandis que les droits public et criminel, convertis en instruments légaux de despotisme, ne réfléchirent que les égarements et les caprices d'une autorité

(1) C'est à ces deux branches du droit que l'on peut appliquer sans injustice cette réflexion beaucoup trop absolue de Condorcet : « Nous devons au droit romain un petit nombre de vérités utiles et beaucoup plus de préjugés tyranniques. » (*Tableau historique des progrès de l'esprit humain.*)

toujours oppressive, parce qu'elle tremblait toujours pour elle-même.

La seconde raison, moins souvent aperçue et moins signalée, mais plus profondément inhérente à la nature humaine, plus indépendante par conséquent de la forme dans laquelle un peuple accomplit son évolution et des accidents de son histoire, consiste en ce que la nécessité d'un bon droit privé se fait plus tôt et plus vivement sentir que celle d'un bon droit public, et qu'il est plus facile de saisir les vrais principes du premier que ceux du second. Des lois sur la famille et la propriété, si elles sont essentiellement iniques, nous gênent à chaque instant, nous gênent tous, et cela dans nos intérêts d'ordinaire les plus sensibles, dans nos intérêts matériels. De là donc des changements impatiemment sollicités par l'opinion publique. Tout au contraire, pour saisir les vices d'une mauvaise organisation politique et pour en souffrir, il faut déjà une certaine éducation de l'esprit et du sens moral. Pareillement, pour s'intéresser à la réforme des lois criminelles, il faut avoir préalablement compris que leurs erreurs sont beaucoup plus dangereuses pour les honnêtes gens que pour les malfaiteurs. Ici donc, l'opinion est plus lente à se former, et les réclamations plus tardives. En outre, ai-je dit, l'homme arrive plus vite à l'intelligence des vrais principes en matière de droit privé qu'en matière de droit public. Un bon droit public, en effet, suppose une étude approfondie de cet organisme qu'on appelle la société : le droit privé ne perd rien sans doute à cette étude, mais il implique avant tout l'observation des individus. Or, cette observation a été possible dès que l'humanité a commencé d'exister, tandis que, pour observer les lois des sociétés, il faut avoir sous la main les trésors d'une histoire déjà riche. Il est donc nécessaire que l'humanité compte déjà de nombreux siècles d'existence, que plusieurs civilisations se soient succédé, et que les faits qui peuvent fournir l'explication de leur grandeur et de leur chute aient été soigneusement recueillis. Jusque-là la matière observable manque. Ces considérations expliquent pourquoi la science de la morale s'est élevée si haut avant que la science économique ait été même conçue, et pourquoi le droit privé, qui relève plus particulièrement de la morale, a partout mûri plus vite et s'est plus sainement développé que le droit public, qui relève surtout de l'économie politique.

III. — SUBDIVISION DU DROIT PRIVÉ, QUANT A L'ÉTENDUE DE SON APPLICATION, EN DROIT NATUREL, DROIT DES GENS ET DROIT CIVIL. RÉDUCTION DE CETTE SUBDIVISION AUX DEUX DERNIERS TERMES.

Lib. I, tit. I, *De justitia et jure*, § 4 (suite). — Dicendum est igitur de jure privato, quod tripertitum est : collectum est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus (Ulp., L. 1 § 2, *De just. et jur.*).

Quant au droit privé, il dérive d'une triple origine : il emprunte ses principes au droit naturel, au droit des gens, au droit civil.

Lib. I, tit. II, *De jure naturali, gentium et civili*, pr. — Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit : nam jus istud non humano generi proprium est, sed omnium animalium quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim cetera quoque animalia istius juris perita censeri (Ulp., L. 1 § 3, *De just. et jur.*, I, 1).

Le droit naturel est celui que la nature enseigne à tous les êtres animés. Ce droit, en effet, n'est pas spécial au genre humain : il s'applique à tous les êtres animés qui naissent dans l'air, sur la terre, ou dans la mer. De là dérive l'union du mâle et de la femelle, que dans l'espèce humaine nous appelons mariage; de là, la procréation et l'éducation des enfants. Nous voyons, en effet, que tous les êtres animés paraissent connaître ce droit.

§ 1. — Jus autem civile vel gentium ita dividitur. Omnes populi qui legibus et moribus (1) reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius civitatis proprium est, vocaturque jus civile (2), quasi jus proprium ipsius

Quant à la division en droit civil et droit des gens, voici le sens qu'elle présente. Tous les peuples qui sont régis par des lois ou par des coutumes usent en partie d'un droit qui leur est propre, en partie d'un droit commun à tous les hommes. Car le droit que chaque peuple s'est constitué lui-même lui est

(1) Le mot *mores* serait mal traduit par *mœurs*. Car tous les peuples ont des mœurs, bonnes ou mauvaises, grossières ou civilisées. *Mores* désigne donc ici ce que plus loin on appellera *jus non scriptum*, c'est-à-dire les institutions juridiques qui se sont formées par la coutume au lieu d'avoir été promulguées à un certain jour.

(2) L'expression *jus civile* présente plusieurs autres sens que voici : 1° c'est la portion du droit qui est l'œuvre des jurisconsultes (L. 2 §§ 5 et 12, *De orig. jur.*, I, 2); 2° on l'oppose à *jus honorarium*, c'est-à-dire, au droit introduit par les édits des magistrats (Inst., pr., *De bonor. poss.*, III, 9. — L. 7 pr. et § 1, *De just. et jur.*,

civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur (1). Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur : quæ singula qualia sint, suis locis proponemus (Gaius, I, § 1).

propre et s'appelle droit civil, justement parce qu'il est spécial aux membres de la cité; tandis que le droit établi par la raison naturelle entre tous les hommes s'observe également chez tous les peuples et s'appelle droit des gens, précisément parce que toutes les nations l'appliquent. Donc le peuple romain, lui aussi, use d'un droit qui pour partie lui est propre et pour partie est commun à tous les hommes. Quant aux détails, nous les exposerons successivement dans l'ordre qui leur convient.

§ 2. — Sed jus quidem civile ex quaque civitate appellatur, veluti Atheniensium : nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritium, quo Quirites utuntur; Romani enim a Quirino Quirites appellantur (2). Sed quoties non addimus cujus sit civitatis, nostrum jus significamus : sicuti quum poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud

A l'égard du droit civil, chaque cité donne son nom au sien : prenons pour exemple Athènes; celui qui voudrait qualifier les lois de Solon ou de Dracon droit civil des Athéniens ne se tromperait pas. C'est ainsi que chez nous le droit propre au peuple romain s'appelle droit civil des Romains, ou droit des Quirites, comme étant à l'usage des Quirites; les Romains, en effet, tirent de Quirinus le nom de Quirites. Mais chaque fois que nous n'indiquons pas de quelle cité il s'agit, c'est notre droit que nous désignons : de même

I, 1); 3° ou l'emploie comme synonyme de *jus privatum* (Inst. § 10, *De jur. natur.*, I, 2). C'est en ce dernier sens que l'expression est surtout usitée chez nous.

(1) *Jus gentium* désigne aussi, mais très-rarement, le droit international (Tit. Liv. V, 36; IX, 10).

(2) Il est difficile d'accepter cette étymologie. Plus probablement, les deux mots *Quirites* et *Quirinus* ont une même origine. Festus (Vis *Dici* et *Quirites*) fait dériver *Quirites* ou du nom de la principale ville des Sabins (*Cures*) ou du nom de leur principale déesse (*Curis*). Les véritables *Quirites* seraient donc seulement les Sabins, et cela nous explique pourquoi les prières publiques étaient faites *Populo Romano Quiritibusque*. D'après une autre étymologie, *Quirites* et *Quirinus* dériveraient du mot *quiris*, qui désignait chez les Sabins ce que les Romains appelaient *hasta*, c'est-à-dire une pique en bois terminée par une pointe de fer. Ovide (*Fast.*, II, 477) indique cette étymologie, et Festus (v° *Quirinus*) atteste que Romulus fut appelé Quirinus parce qu'il

nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est (1); nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt : bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ, et servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ; jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium, omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles.

que, lorsque nous disons le poëte, sans ajouter un nom propre, cela s'entend chez les Grecs du grand Homère, chez nous de Virgile. Quant au droit des gens, il est commun à tout le genre humain; car, par suite des exigences de la pratique et des besoins de l'homme, les nations se sont créé certaines institutions : des guerres, en effet, ont surgi, et de là la captivité et l'esclavage, choses contraires au droit naturel, puisque dans le principe, d'après le droit naturel, tous les hommes naissaient libres. A ce droit des gens se rattache l'origine de presque tous les contrats, tels que vente, louage, dépôt, *mutuum*, et autres innombrables.

§ 11. — Sed naturalia quidem jura quæ apud omnes gentes peræque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent : ea vero quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

Mais les institutions du droit naturel qui sont également appliquées chez toutes les nations, étant établies par une sorte de providence divine, demeurent toujours fermes et immuables; tandis que celles que chaque nation s'est faites elle-même changent souvent, soit par un consentement tacite du peuple, soit par la promulgation d'une loi postérieure

6. Cette division, telle que Justinien la formule, n'avait pas été

se servait de la *quiris*. Si l'on songe que la *quiris* ou *hasta* était le symbole de la propriété romaine (Gaius, IV, § 16), le Quirite, d'après cette étymologie, serait le Romain envisagé dans son aptitude spéciale à être propriétaire. Quoi qu'il en soit, le mot *Quirites* paraît bien être d'origine sabine, et en effet c'est seulement après l'association conclue entre les Sabins et les Romains qu'il s'appliqua à ces derniers (Festus, v° *Quirites*). Sur la fin de la république et sous l'empire, c'est-à-dire lorsque l'armée commença à former une population à part, on établit une antithèse entre *Quirites* et *milites* (Suét., *J. César*, 70. — Tacit., *Ann.*, I, 42. — Lucain, V, 358). *Quirites* fut en ce sens synonyme de *pagani* et devint une injure pour les soldats.

(1) Cette observation des Institutes explique pourquoi le *jus gentium* s'appelle quelquefois *jus commune* (L. 6 pr., *De just. et jur.*, I, 1).

adoptée par la généralité des jurisconsultes romains, et ne devait pas l'être. Il faut d'abord en retrancher le premier terme, le *jus naturale;* il faut, en second lieu, reconnaître que dans le langage le plus suivi, les expressions *jus naturale* et *jus gentium* fonctionnent comme synonymes l'une de l'autre. Restera ensuite à faire ressortir le vrai sens de la division ainsi réduite.

Je dis d'abord, et les Institutes le reconnaissent nettement dans un autre passage (pr., *De jur. pers.*, I, 3), qu'il ne saurait être question d'un droit naturel dans le sens développé par Justinien, c'est-à-dire d'un droit applicable aux animaux aussi bien qu'aux hommes; non sans doute que nous puissions affirmer le défaut absolu d'intelligence et de liberté chez les animaux. Mais qui dit droit, règles, préceptes, suppose essentiellement des êtres responsables; or, d'une espèce à une autre la responsabilité est nulle, et il n'y a pas d'autre loi que la loi du plus fort. Aussi, comme exemples de ce prétendu *jus naturale*, Justinien ne cite-t-il que des lois qui reçoivent chez les animaux une application fatale et irrésistible : il a donc confondu les lois qui forment le droit proprement dit, les lois œuvre de l'homme, faites pour l'homme seul, et auxquelles nous restons libres de désobéir à nos risques et périls, et les lois telles qu'on les entend dans les sciences naturelles. En ce dernier sens, il y a des lois communes à tous les êtres animés. Mais c'était chose fort inutile à constater dans un recueil législatif (1).

J'ai dit, en second lieu, que les expressions *jus naturale* et *jus gentium* sont considérées comme équivalentes entre elles et synonymes. Telle est l'observation formelle des Institutes (§ 11, *De divis. rer.*, II, 1) (2), et d'autres textes la confirment (Cicéron, *de Offic.*,

(1) La division tripartite que Justinien emprunte à Ulpien pouvait avoir un sens chez ce jurisconsulte. Il ne faisait point allusion, selon moi, à un prétendu état de nature dans lequel l'homme primitif aurait vécu en une condition semblable à celle des animaux. Je crois qu'Ulpien a voulu exprimer cette idée très-vraie que, parmi les faits qui appellent la réglementation législative, trois catégories peuvent être distinguées : les uns se rencontrent même chez les animaux, telle est la *liberorum procreatio*. D'autres s'observent seulement dans l'espèce humaine, mais ils s'y retrouvent toujours sans acception de temps ni de lieu, telle est la famille. D'autres enfin, plus accidentels, ne se voient que chez certains peuples, tels sont le testament et l'adoption.

(2) Dans ce texte, Justinien prétend avoir déjà constaté en termes exprès la synonymie de ces deux expressions. En cela il se trompe. Sans doute il fait allusion à ce qu'il a fait dériver le *jus gentium* de la *naturalis ratio* et présenté les *naturalia jura* comme se rencontrant *apud omnes gentes* (§§ 1 et 11 *sup.*).

III, 5 et 17. — Gaius, I, §§ 180; II, §§ 65 et s.; III, § 93. — § 11 *sup.*). Le motif de cette synonymie ressortira des explications qui vont suivre (1).

7. Le droit privé se partageant donc seulement en *jus civile* et *jus gentium* ou *naturale* (2), voici, à s'en tenir aux textes précités, quel serait le sens de cette distinction : dans la législation de chaque peuple, il y a des institutions qui lui sont propres et qu'on ne retrouve pas ailleurs. Elles forment le *jus civile*, c'est-à-dire le droit des citoyens. Il y en a d'autres qui se retrouvent partout, et cela parce qu'elles sont plus particulièrement conformes aux données de la raison naturelle, qui est indépendante des latitudes et des races; ce sont ces institutions qui forment le *jus gentium* ou *naturale*. Ainsi conçue, cette distinction ne présente pas un caractère suffisamment pratique. D'une part, en effet, la puissance paternelle appartient certainement au droit civil; il est attesté pourtant par César (*Bell. Gall.*, VI,19) et par Gaius (I, § 55) que les Gaulois et les Galates admettaient une puissance paternelle identique à celle des Romains. D'autre part, en ce qui concerne certaines institutions du *jus gentium*, telles que les contrats de société ou de dépôt, est-il absolument possible d'affirmer qu'elles ne soient pas inconnues de quelque peuple attardé dans l'enfance? Et, ce qui est plus important, est-il une seule de ces institutions du droit des gens qui, dans ses détails, ait reçu chez tous les peuples une organisation tout à fait identique? Donc, si l'on veut trouver dans cette distinction autre chose qu'une simple vue de l'esprit, ce n'est pas dans l'universalité absolue ou dans le caractère exclu-

(1) *Jus naturale* s'emploie aussi dans le sens de notre expression *droit naturel*, c'est-à-dire pour désigner un ensemble de conceptions juridiques parfaitement adéquates à la notion du juste (L. 11, *De just. et jur.*, I, 1). Ainsi conçu, le *jus naturale* est ce que Cicéron appelle le vrai droit et la pure justice (*verum jus germanaque justitia*) (*De off.*, III, 17).

(2) On a prétendu que la classification d'Ulpien aurait été adoptée par deux autres jurisconsultes, Tryphoninus et Hermogénien. Tryphoninus (L. 64, *De cond. ind.*, XII, 6) fait observer, il est vrai, que l'esclavage appartient au *jus gentium*, en cela contraire au *jus naturale*, qui consacre la liberté pour tous. Mais cette observation ne prouve rien, puisqu'il est reconnu de tout le monde que sur ce point le droit des gens a divorcé avec le droit naturel (p. 17, note 1). Ailleurs (L. 41 pr., *Depos.*, XVI, 3), Tryphoninus oppose *naturale et gentium jus* à *civile jus et legum ordo*, ce qui établit clairement qu'il suivait la terminologie générale. Quant à Hermogénien, il présente plusieurs applications du *jus gentium* dans un texte où il se tait sur le *jus naturale* (L. 5, *De just. et jur.*), et c'est de ce silence qu'on argumente pour soutenir que précédemment, dans un fragment que nous ne possédons pas, il avait dû parler du *jus naturale* et le définir comme Ulpien!

sivement national d'une institution qu'il faut chercher un criterium. Le vrai sens de la distinction est celui-ci : dans toute législation il y a des règles que les tribunaux du pays ne doivent appliquer qu'entre les nationaux, elles forment le *jus civile;* il y en a d'autres qu'ils doivent appliquer même dans les rapports des étrangers entre eux ou avec les nationaux, elles forment le *jus gentium.* Ainsi, qu'un pérégrin teste dans les formes romaines, les tribunaux romains ne feront pas exécuter son testament. Qu'au contraire un Romain et un pérégrin s'associent, la loi romaine garantit l'exécution du contrat. Ce sont ces résultats qu'on exprime en classant le testament dans le *jus civile* et la société dans le *jus gentium.* Plusieurs textes démontrent que telle est bien la véritable signification pratique de ces expressions (Gaius, I, § 55; II, § 65; III, § 93). Et ainsi s'explique que le classement d'une institution dans le *jus gentium* soit quelquefois l'œuvre directe du législateur (Tit. Liv., XXXV, 7).

Que si l'on recherche comment Gaius et Justinien sont arrivés aux définitions vagues, partant un peu inexactes, que j'ai critiquées, cela tient sans aucun doute à ce que les institutions que Rome a dû le plus volontiers rendre accessibles aux étrangers sont précisément celles qui se retrouvent partout, diverses dans le détail et dans la forme, identiques dans leur principe, tandis qu'elle a plus jalousement réservé à ses propres enfants les institutions plus arbitraires qui étaient l'œuvre du génie national. Or, comme les institutions répandues partout ont grande chance d'être les plus rationnelles, les plus conformes à la nature humaine, on comprend très-bien la synonymie des expressions *jus naturale* et *jus gentium* (1). La première se réfère à l'origine psychologique de cette portion du droit; la seconde, plus technique, se réfère à sa portée pratique. Il suit de ces données que les institutions du droit des gens, justement parce qu'elles sont moins empreintes d'arbitraire, présentent plus de fixité. Mais ce n'est pas une raison pour affirmer avec Justinien (§ 11 *sup.*) qu'elles demeurent immuables : cela est généralement vrai de leur principe, non de leur organisation (2).

(1) Cependant, parmi les institutions du *jus gentium,* il y en a quelques-unes qui choquent la raison naturelle. Tel est, d'après les Romains eux-mêmes, l'esclavage (Inst., § 2, *De jur. nat.*, I, 2; Inst., § 2, *De jur. pers.*, I, 3. — L. 64, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 32, *De reg. jur.*, L, 17). — Tel est encore le droit reconnu aux vainqueurs de s'approprier les biens des vaincus (§ 17, *De divis. rer.*, Inst., II, 1). Mais sur ce dernier point les Romains paraissent n'avoir jamais éprouvé ni scrupule, ni doute.

(2) Cette distinction, dont les applications seront signalées au fur et à mesure

IV. — SUBDIVISION DU DROIT PRIVÉ, QUANT A SON MODE DE FORMATION, EN DROIT ÉCRIT ET DROIT NON ÉCRIT. DES SIX SOURCES DU DROIT ÉCRIT, HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN.

Lib. I, tit. II, *De jure naturali, gentium et civili*, § 3. — Constat autem jus nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto, ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium (Ulp., L. 6 § 1, *De just. et jur.*, I, 1. — Gaius, I, § 2).

§ 4. — Lex est quod populus Romanus, senatorio magistratu (1) interrogante, veluti consule, constituebat. Plebiscitum est quod plebs (2), plebeio magistratu interrogante, veluti (3) tribuno, constituebat.

Or, notre droit se compose de droit écrit et de droit non écrit, de même que, chez les Grecs, les lois sont les unes écrites et les autres non écrites. Le droit écrit, ce sont les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les décisions des princes, les édits des magistrats, les réponses des prudents.

On appelle lois les décisions que le peuple romain rendait sur la proposition d'un magistrat sénatorial, par exemple d'un consul. Le plébiscite, c'est la décision que les plébéiens rendaient sur la propo-

qu'on étudiera les différentes matières du droit, est une conséquence de la diversité des nationalités, et à ce point de vue elle offre une valeur scientifique réelle. Mais, ce qu'il faut remarquer, c'est que par une conséquence du mouvement incessant qui tend à rapprocher les peuples par le double lien de la sympathie et de l'intérêt, le domaine du *jus gentium* va s'élargissant tous les jours. Ainsi les Romains n'admettaient pas qu'un pérégrin pût être propriétaire d'une portion du sol italique, tandis qu'aujourd'hui l'acquisition de la propriété foncière est généralement permise aux étrangers chez les nations civilisées. C'est ainsi que les législations s'humanisent en perdant leur originalité. De nos jours, le *jus civile* tend à se restreindre aux règles qui concernent l'état et la capacité des personnes.

(1) J'entends par *magistratus senatorius* tout magistrat qui a le droit de convoquer le Sénat et de lui présenter un projet de sénatus-consulte. Tels étaient les consuls, les préteurs, les tribuns de la plèbe et le *præfectus urbi*. Tels furent aussi les dictateurs, magistrature exceptionnelle, et les tribuns militaires, à l'époque où ils remplacèrent les consuls (Cic., *de Leg.*, III, 4. — Aul.-Gell., XIV, 7 et 8). Tous ces magistrats pouvaient, autorisés par un sénatus-consulte, convoquer les centuries et proposer une loi. On voit donc que l'expression *magistratus senatorius* ne désigne ni tous les magistrats curules, car certainement elle ne s'applique pas aux édiles, ni les seuls magistrats curules, car alors elle exclurait les *tribuni plebis*, qui sans aucun doute purent dès leur origine présenter des lois (Tit-Liv., II, 56).

(2) On voit par la suite du texte qu'il faut franciser le mot *plebs*. En le traduisant par *peuple*, on donnerait lieu à une équivoque.

(3) Le mot *veluti* n'indique pas ici un simple exemple choisi entre plusieurs : il est limitatif. Et c'est une observation qu'il faut faire sur plusieurs autres textes (Inst., § 8, *De usuc.*, II, 6. — Gaius, II, § 3 ; IV, §§ 42 et 141).

Plebs autem a populo eo differt quo species a genere : nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis et senatoribus (1); plebis autem appellatione, sine patriciis et senatoribus ceteri cives significantur. Sed et plebiscita, lata lege Hortensia, non minus valere quam leges cœperunt (Gaius, I, § 3).

sition d'un magistrat plébéien, savoir, un tribun de la plèbe. Or, la plèbe diffère du peuple comme l'espèce du genre : en effet, l'appellation de peuple s'étend à tous les citoyens, y compris les patriciens et les sénateurs, tandis que le mot plèbe ne désigne pas les patriciens et les sénateurs, mais seulement les autres citoyens. Au surplus, les plébiscites acquirent, en vertu de la loi *Hortensia*, la même force que les lois.

§ 5. — Senatusconsultum est quod senatus jubet atque constituit : nam, quum auctus esset populus Romanus in eum modum ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causa, æquum visum est senatum vice populi consuli (Gaius, I, § 4. — L. 2 § 9, *De orig. jur.*, I, 2).

Le sénatus-consulte est l'ordre et la décision du sénat. Car, le peuple romain s'étant accru à tel point qu'il était difficile de le convoquer en assemblée pour la confection de la loi, il parut équitable que le sénat remplît désormais la fonction du peuple.

§ 6. — Sed et quod principi placuit (2) legis habet vigorem; quum lege Regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concessit. Quodcumque ergo imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat : hæ sunt, quæ constitutiones appellantur. Plane ex

Pareillement, les volontés du prince ont force de loi, attendu que par la loi *Regia*, intervenue pour lui conférer l'*imperium*, le peuple lui a délégué tout son propre *imperium* et tout son pouvoir. Donc tout ce que l'empereur a décidé par lettre, statué sur un procès, ou ordonné par voie d'édit, fait loi, c'est un point constant : et c'est là ce qu'on

(1) Il est remarquable que Gaius (I, 43) ne mentionne pas les sénateurs comme étant en dehors de la plèbe; et cela tient à ce que la dignité de sénateur était évidemment impuissante à conférer le patriciat ou noblesse de naissance. Plus tard, et dès le troisième siècle, on appela *plebeii* les personnes qui n'étaient pas membres de la curie ou sénat municipal (L. 2 §§ 2, 3 et 6, *De decur.*, L, 2). C'est là probablement ce qui a égaré Justinien et lui a fait croire qu'anciennement même il y avait antithèse entre *senator* et *plebeius*. Quant au mot *patricius*, il a dans la langue du Bas-Empire un sens nouveau sur lequel je reviendrai (Inst., § 4, *Quib. mod. jus potest*, I, 12. — n° 118).

(2) Le verbe *placere* s'emploie pour indiquer une décision adoptée après réflexion, souvent même après discussion. Ainsi on le rencontre dans le texte de plusieurs sénatus-consultes célèbres (L. 20 § 6, *De her. pet.*, V, 3. — L. 1 pr., *De s. c. t. Mac.*, XIV, 6. — L. 1 § 2, *Ad s. c. t. Trebell.*, XXXVI, 1).

his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult; nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem, quum generales sint, omnes procul dubio tenent (Ulp., L. 1 pr., §§ 1 et 2, *De const. princ.*, I, 4).

appelle des constitutions. Parmi elles, toutefois, quelques-unes sont personnelles, c'est-à-dire ne créent pas de précédent, parce que le prince ne le veut pas : si, en effet, il accorde une faveur à quelqu'un pour ses services, s'il inflige une peine, s'il donne un secours extraordinaire, ce sont là des décisions restreintes à la personne qu'elles concernent. D'autres, au contraire, à raison de leur caractère de généralité, obligent incontestablement tout le monde.

§ 7. — Prætorum quoque edicta non modicam juris obtinent auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant (1) et ædiles curules edictum de quibusdam causis, quod edictum juris honorarii portio est.

Les édits des préteurs sont également en possession d'une autorité non médiocre. Nous les désignons aussi sous le nom de droit honoraire, parce que ce sont les personnes revêtues des honneurs, c'est-à-dire les magistrats, qui ont donné autorité à cette branche du droit. Les édiles curules proposaient aussi un édit relativement à certaines matières, et cet édit fait partie du droit honoraire.

§ 8. — Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur : quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.

Les réponses des prudents sont les décisions et opinions de ceux à qui il était permis de faire le droit. Car d'après une institution ancienne il y avait des personnes chargées d'interpréter officiellement le droit. C'est César qui les autorisait à donner des consultations, et on les appelait jurisconsultes. Les décisions et opinions de ces personnes, quand elles étaient unanimes, jouissaient d'une telle autorité, que le juge ne pouvait pas s'en écarter; ainsi le décidèrent des constitutions.

(1) Ce mot *proponere* fait allusion à un tableau (*album*) sur lequel les magistrats écrivaient les dispositions de leur édit, afin de les rendre publiques. Les Institutes mentionnent une fois l'*album* du préteur (§ 12, *De act.*, IV, 6).

§ 9. — Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit ; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

Le droit non écrit comprend les institutions consacrées par l'usage; car des coutumes anciennes, reçues par le consentement de ceux qui les appliquent, valent une loi

§ 10. — Et non ineleganter in duas species jus civile distributum videtur; nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedemonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedemonii quidem magis ea quæ pro legibus observarent, memoriæ mandarent ; Athenienses vero, ea quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

Et ce n'est pas sans justesse que le droit civil a été ainsi partagé en deux branches. Cette division dérive, en effet, des institutions de deux cités, Athènes et Lacédémone. Dans ces cités, voici ce qui se passait : les Lacédémoniens confiaient plus volontiers à leur mémoire les institutions qu'ils observaient à titre de lois; les Athéniens, au contraire, appliquaient plutôt des décisions qu'ils avaient écrites dans des lois.

8. Au point de vue de sa formation, les Romains divisent le droit en *jus scriptum* et *jus non scriptum* (1). Ces expressions, peu exactes en elles-mêmes, ne font pas allusion, comme Justinien donnerait à le croire (§ 10 *sup.*), à une distinction toute matérielle entre certaines règles qui seraient nécessairement écrites et d'autres qui ne le seraient jamais. Le *jus scriptum*, c'est le droit formulé et promulgué à un certain jour par une autorité constituée. Le *jus non scriptum*, c'est le droit non promulgué, celui que l'usage a formé petit à petit et qu'à un moment donné on trouve accepté de tous, sans qu'il soit possible de déterminer l'époque précise de son introduction. Les règles établies par la coutume, eussent-elles été écrites plus tard, conservent donc leur nom de *jus non scriptum;* et, à l'inverse, le droit régulièrement promulgué s'appelle *jus scriptum*, quand même il n'aurait été ni écrit ni gravé de la manière même la plus élémentaire, sur le bois, la pierre ou le cuir, quand même il se serait produit chez un peuple ignorant encore l'usage de l'écriture. Cette distinction est évidemment dépourvue de conséquences pratiques, puisque la force obligatoire des règles du droit dépend uniquement de la compétence de l'autorité qui les impose, non de la forme dans laquelle elles se pro-

(1) Les Institutes de Gaius n'insistent pas sur cette division. A peine s'y trouve-elle indiquée par l'opposition établie (I, §§ 1) entre les *leges* et les *mores*.

duisent. Mais elle présente un intérêt philosophique d'un ordre élevé : c'est la coutume, en effet, manifestation spontanée et unanime des besoins et des aspirations d'un peuple, qui engendre la partie la plus profondément nationale d'un droit; et elle serait le procédé législatif le plus sûr, si la nécessité même de la constater n'ouvrait la porte à d'intarissables difficultés. Aussi, dès que les idées sont un peu précisées, que des théories commencent à se former, et qu'il y a un pouvoir législatif organisé d'une manière fixe et régulière, ce pouvoir n'attend guère qu'une coutume s'établisse ; il devance lui-même et formule en des textes précis la pensée de tous ou du moins de la majorité. De sorte que, si la coutume crée la loi chez les peuples enfants (L. 2 § 1, *De orig. jur.*, I, 2), on peut dire que, chez les peuples parvenus à la virilité, c'est la loi qui, à son tour, prépare et développe la coutume (1).

Tandis que le *jus non scriptum*, à Rome comme partout, dérive exclusivement de la coutume, le droit écrit se forme diversement, selon les pays et les époques. A Rome, il se constitua par six procédés différents : les lois, les plébiscites, les constitutions impériales, les sénatus-consultes, les édits des magistrats et les réponses des prudents (§ 3 *sup.*). Ce furent là ses *sources*. Qu'on y joigne la coutume, et l'on dira avec exactitude que, dans son ensemble, le droit privé des Romains découle de sept sources (2).

Étudier les sources du droit, ou, en d'autres termes, rechercher comment il s'est formé à chaque époque, c'est en quoi consiste l'histoire externe du droit, ainsi nommée parce qu'elle n'envisage le droit qu'en dehors de lui-même, se bornant à décrire le mécanisme qui lui donne la forme et la vie. A l'histoire externe on oppose l'histoire interne qui, tout au contraire, analyse les institutions juridiques dans leurs

(1) Justinien (§ 10 *sup.*) tombe dans la puérilité, quand il paraît présenter la distinction du *jus scriptum* et du *jus non scriptum* comme une imitation de Sparte et d'Athènes, que les premiers Romains ne connaissaient assurément pas. Cette distinction est de tous les temps et de tous les pays.

(2) Cicéron (*Topic.*, 5) nous présente comme sources du droit les lois, les sénatus-consultes, la chose jugée, l'autorité des prudents, l'édit des magistrats, la coutume et l'équité. Cette énumération n'a rien de scientifique, et voici les observations qu'elle provoque : 1° dans les lois Cicéron comprend certainement les plébiscites; 2° s'il mentionne les sénatus-consultes, c'est qu'il envisage tout ensemble le droit privé et le droit public (n° 18); 3° la chose jugée et l'équité ne furent jamais des sources directes du droit; mais elles influèrent puissamment sur la coutume et sans nul doute inspirèrent souvent les diverses autorités qui constituaient le droit écrit; 4° enfin, dans mon opinion, les édits des magistrats et les décisions des prudents ne comptaient encore, au temps de Cicéron, que comme éléments de formation de la coutume, et non comme sources distinctes du droit (n°s 20 et 23).

principes et dans leurs applications, et les suit dans tout le cours de leurs destinées. L'une a donc pour objet la constitution du pouvoir législatif, l'autre les œuvres de ce pouvoir. La première n'est qu'un chapitre de l'histoire du droit public, la seconde est l'histoire entière du droit privé. Or, il est impossible, à raison de l'influence immédiate que la nature des procédés législatifs exerce sur la direction même du droit privé, d'étudier ce droit sans une connaissance préalable de ses sources. Voilà pourquoi Justinien a dû tout au moins mentionner et définir celles du droit romain. Mais ce que Justinien n'a pas dit, et ce qu'il faut savoir avant tout, c'est qu'elles n'ont pas jailli simultanément, qu'elles ne se sont pas desséchées toutes à une même époque, que jamais enfin elles n'ont produit toutes ensemble. Il convient donc de les envisager successivement dans l'ordre chronologique de leur apparition (1).

9. *Première source :* COUTUME (MORES, USUS, CONSUETUDO). — Justinien, à l'exemple de Cicéron et du jurisconsulte Julien, fonde l'autorité de la coutume sur la volonté du peuple, dont elle est l'expression la plus éclatante (Cic., *De inv.*, II, 22. — Inst., § 10, *De jur. natur.*, I, 2. — L. 32 § 1, *De legib.*, I, 3). Mais cette autorité implique que l'existence même de la coutume ne saurait être révoquée en doute (*longa, inveterata consuetudo*). Parmi les éléments qui alimentèrent particulièrement cette source du droit, les jurisconsultes signalent, avec raison, la répétition fréquente de décisions judiciaires conformes les unes aux autres (LL. 34 et 38, *De legib.*, I, 3). Je crois devoir y compter aussi les édits des magistrats tant qu'ils n'eurent qu'une autorité temporaire comme celle des magistrats eux-mêmes, et les réponses des prudents tant qu'elles demeurèrent dépourvues par elles-mêmes de force obligatoire (nos 20 et 23) (2).

Jusqu'au règne de Constantin la coutume eut la double puissance de créer des règles obligatoires et d'ôter leur force à de pareilles règles. En un mot elle faisait et défaisait la loi. Mais une constitution de ce prince décida qu'elle pourrait bien encore, dans le silence du *jus scriptum*, créer le Droit, mais qu'elle ne pourrait plus prévaloir sur

(1) Cet ordre me paraît indiqué, pour les sources du droit écrit, par Gaius (I, 2) et par Justinien (§ 3 *sup.*). Toutefois, je place les constitutions impériales avant les sénatus-consultes : on comprendra pourquoi en lisant mes explications sur ces deux sources (nos 16 à 18).

(2) Entre autres institutions dues à cette source du droit, il faut citer quatre théories remarquables : celles de l'exhérédation des *sui heredes*, du testament inofficieux, de la substitution pupillaire, et de la nullité des donations entre époux.

les dispositions explicites ou implicites des lois et les détruire. Cette constitution est-elle abrogée ou maintenue par Justinien? S'il l'abroge, pourquoi l'avoir admise dans son Code? S'il la maintient, pourquoi insère-t-il aux Institutes et au Digeste des textes qui la contredisent (Inst., § 11, *De jur. nat.*, — L. 32 § 1, *De legib.*, I, 3)? Dans le doute, et puisque de toute façon il faut admettre une étourderie de Justinien, je penche à croire qu'il a voulu conserver l'innovation de Constantin; cette opinion me paraît plus conforme à l'idée précédemment développée (n° 8) de la prédominance du droit écrit dans les civilisations un peu avancées (1).

10. *Deuxième source :* Lex (2). — On distingue des *leges curiatæ* et des *leges centuriatæ*. Les *leges curiatæ* sont les plus anciennes. Trois pouvoirs concouraient dans une mesure inégale à leur confection. C'était le roi (remplacé plus tard par les consuls), le sénat et les comices par curies.

La convocation et la présidence des comices, par suite la présentation du projet de loi (*rogatio*), appartiennent au roi (Denys d'Hal., II,

(1) On a donné de la constitution de Constantin d'autres explications qui, si elles étaient exactes, sauveraient Justinien du reproche de contradiction. En voici deux : 1° la coutume pourrait encore abroger les lois, excepté celles qui contiendraient une clause contraire expresse. Mais, outre la bizarrerie d'une pareille clause, cette interprétation cadre mal avec les expressions du texte. Il porte, en effet, que la coutume ne peut *vincere legem aut rationem*. Or *lex*, ce sont ici les dispositions écrites dans la loi; *ratio*, ce sont les inductions tirées de son esprit, les conséquences naturelles des principes. Constantin, ôtant à la coutume toute force contre ces simples inductions et conséquences, suppose bien évidemment que la loi ne s'est pas expressément soustraite à la puissance abrogatoire de la coutume, puisque, par hypothèse, la loi n'est pas même écrite; 2° le texte signifierait simplement qu'une coutume locale ne saurait prévaloir contre une loi générale. Cette idée s'accorde très-bien, a-t-on fait observer, avec le fragment 31 pr. *De legibus*, aux termes duquel, en l'absence de lois écrites et de coutumes locales, il faut observer la règle suivie à Rome. Mais je réponds que le § 1 de ce même fragment parle de lois générales, œuvre du peuple et obligeant tout le monde, et que néanmoins il reconnaît d'une manière absolue à la coutume la vertu de paralyser ces lois. Ce texte est donc bien inconciliable avec celui de Constantin. J'ajoute que mon interprétation est tout à fait en harmonie avec les nécessités de l'époque. Des établissements de barbares commençaient à se former dans l'empire; par conséquent des quantités de coutumes nouvelles s'introduisaient, et il n'y a pas de loi qui çà et là n'eût été abrogée par elles sans la décision intelligente de Constantin.

(2) Cicéron (*De leg.*, I, 6) fait dériver *lex* de *legere*, parce que le législateur exerce un choix entre divers points de vue. Du reste le mot *lex*, que je prends ici dans sa signification la plus technique et la plus restreinte, désigne souvent l'ensemble du droit positif. A ce point de vue large, Papinien (L. 1, *De leg.*, I, 3) et Cicéron (*De legib.*, II, 5) donnent de la *lex* des définitions qui contiennent des idées fort justes, mais qui n'ont pas grande utilité pratique.

14). Son action se manifeste encore par une importante particularité : c'est que la délibération des comices est nulle si les auspices n'ont été préalablement pris; or, le droit de les prendre appartient à des augures que le roi nomme au nombre de trois, un pour chaque tribu (Cicér., *De rep.*, II, 9. — Tite Live, X, 6).

Quant au sénat, les auteurs le représentent comme un corps que les rois consultent volontiers sur toutes les affaires sérieuses. Très-probablement donc, le projet de loi lui est soumis avant d'être présenté aux curies. De plus, et sans le moindre doute, il est appelé à sanctionner la loi une fois votée (Cicér., *De rep.*, II, 8. — Tite Live, I, 43. — Denys d'Hal., II, 14).

Le rôle des comices est le plus considérable. Les trente curies se réunissent au forum, en un lieu appelé *comitium* (Varr., *De ling. lat.*, V, 155) (1). Le vote a lieu par curies, et dans chaque curie par têtes (Denys, II, 14; IV, 20) (2), et néanmoins il est certain que dans ces assemblées la toute-puissance appartenait aux patriciens, c'est-à-dire à la minorité. L'on peut expliquer ce résultat en admettant de deux choses l'une : ou que les plébéiens étaient complétement exclus de la réunion des curies (3), ou qu'ils n'y figuraient qu'à titre de

(1) D'après Denys d'Halicarnasse (II, 14; IV, 20) les *comitia curiata* n'étaient pas seulement chargés du vote des lois : ils nommaient les magistrats et décidaient de la paix ou de la guerre. Mais il semble, d'après le même auteur, que le roi ne fût pas absolument tenu de les faire voter sur ces divers objets; et dans tous les cas, leurs décisions demeuraient sans effet tant qu'elles n'avaient point été approuvées par le sénat.

(2) Tite Live (I, 43), parlant des curies, dit : *Viritim suffragium eadem vi eodemque jure promiscue omnibus datum est.* L'on s'est fondé sur ce passage pour soutenir que le vote avait lieu par têtes, et non par curies. Mais Tite Live veut simplement exprimer que dans les comices par curies la voix des citoyens avait une valeur indépendante de leur fortune et de leur âge, tandis que dans les centuries, comme on va le voir, il en fut tout autrement.

(3) Cette première hypothèse n'est pas contredite par les textes qui présentent la loi curiate comme l'œuvre du *populus*. De vieux textes, en effet, opposent *populus* et *plebs*, non pas comme le genre et l'espèce, mais comme deux termes entièrement distincts. Cette antithèse se rencontre notamment dans une vieille formule de prière que Scipion l'Africain récite au moment où il s'embarque pour aller vaincre Annibal (Tite Live, XXIX, 17). D'autre part, il est certain que, dans le principe, *patricius* et *ingenuus* furent synonymes (Tite Live, X, 8. — Festus, v° *Patricius*). Quand on rapproche de ces données ce qu'affirme un commentateur de Virgile (Philargyrius), que Romulus ne fonda pas Rome, mais la conquit, on arrive assez naturellement à la conclusion suivante : les plébéiens sont les descendants de peuples vaincus, réduits en servitude et affranchis. Les patriciens sont les descendants des conquérants qui seuls auraient formé le *populus*. Ces conquérants furent divisés en trois tribus, dont les noms *Ramnes*, *Luceres*, *Tatienses*, paraissent indiquer trois

clients (1). Dans cette seconde hypothèse, les devoirs résultant de la clientèle les obligeaient à voter comme leur patron (2). Ils pouvaient donc simplement l'éclairer de leurs conseils.

11. Les *leges centuriatæ* sont le produit d'un nouveau mécanisme législatif organisé par la constitution que l'on attribue à Servius Tullius. Cette constitution, dont il est nécessaire que j'analyse ici les dispositions les plus essentielles, nous est principalement connue par Cicéron (*De rep.*, 22), Tite Live (I, 42, 43 et 44) et Denys d'Halicarnasse (IV, 14 à 21). Quelques renseignements précieux, quoique secondaires, nous sont aussi donnés par Aulu-Gelle (X, 28; XVI, 10).

Diviser le territoire et classer la population, tel fut le double objet que se proposa Servius Tullius.

La division du territoire, selon la remarque de Tite Live, fut originairement sans rapport à la composition des centuries et par conséquent à la confection des *leges centuriatæ*. Néanmoins il est nécessaire de la connaître dès à présent, parce que dans le dernier état des choses l'observation de Tite Live avait cessé d'être vraie, c'est lui-même qui le constate. Le seul point certain, c'est que Servius Tullius divisa la ville en quatre quartiers ou circonscriptions qu'il appela tribus (3). D'après Denys d'Halicarnasse, chaque tribu avait un chef, qu'il appelle φράρχος ou κωμάρχης et dont la fonction principale consistait à constater le domicile et l'individualité des divers membres de la tribu. Servius Tullius fit-il une division semblable du territoire romain non compris dans la ville? Tite Live est muet sur ce point. Mais Denys

races différentes, Latins, Étrusques et Sabins. Chaque tribu fut elle-même subdivisée en dix curies, et chaque curie en dix décuries, les curies ayant à leur tête un *curio* et les décuries un *decurio* (Cic., *De rep.*, II, 8. — Tite Live, I, 13. — Denys d'Hal., II, 7). L'organisation des *comitia curiata* repose donc en définitive sur la distinction des races, et voilà pourquoi Aulu-Gelle (XV, 27) fait consister leur caractère essentiel en ce qu'on y vote par races (*ex generibus*).

(1) Cette seconde hypothèse s'accorde mieux avec le texte précité d'Aulu-Gelle portant *suffragium omnium ex generibus fertur*. Le mot *omnium* paraît indiquer que tout le monde figurait dans ces comices. Elle cadre bien aussi avec cette affirmation de Cicéron (*De rep.*, II, 9) et de Denys (II, 9) que dans le principe tout plébéien fut le client d'un patricien, de sorte que client et plébéien étaient synonymes. Cependant Tite Live (II, 64) paraît établir une antithèse entre la *plebs* et les clients.

(2) Sur les devoirs réciproques des clients et des patrons, on consultera avec fruit Denys d'Halicarnasse (II, 10) et Aulu-Gelle (V, 13).

(3) Le sens que présente ici le mot tribu ne doit point être confondu avec celui qu'on lui a vu précédemment (p. 25, note 3). Denys d'Halicarnasse (IV, 14) donne à la distinction toute la netteté possible en employant les expressions φυλαὶ γενικαί et φυλαὶ τοπικαί.

d'Halicarnasse affirme que le territoire rural fut également partagé en circonscriptions qu'il désigne par le même mot grec φυλαί (1). Quant au nombre de ces tribus rurales, il nous donne deux chiffres (26 et 31) qu'il présente comme l'un et l'autre incertains et qui certainement sont inexacts tous les deux (2). Ce qui n'est pas douteux, c'est que si la division du territoire rural en tribus n'appartient pas à Servius Tullius ou aux auteurs, quels qu'ils soient, de la constitution qu'on lui attribue, cette division fut faite plus tard. Des tribus rurales furent créées successivement jusqu'au nombre de 31 ; c'est le chiffre que nous trouvons en l'an de Rome 513, et il ne varia plus. Quant aux tribus urbaines, elles restèrent toujours au nombre de 4, de sorte que finalement le nombre total des tribus fut de 35.

Quant au classement de la population, pour le rendre possible, Servius Tullius institua d'abord le cens, opération qui eut pour objet de constater le nombre et la fortune des citoyens. Tous les chefs de famille reçurent l'ordre de déclarer leurs noms, leur âge, leur domicile, les parents dont ils étaient issus. Des déclarations semblables furent exigées d'eux relativement à leurs femmes et à leurs enfants. Enfin, ils durent, sous la foi du serment, donner l'évaluation de leur fortune mobilière ou immobilière. L'esclavage et parfois peut-être la mort, telle fut la peine prononcée contre les *incensi*, c'est-à-dire contre ceux qui ne se présenteraient pas pour faire ces diverses déclarations.

Le cens achevé, Servius Tullius répartit la population en classes et en centuries. La distinction des classes a pour base unique la fortune. Celle des centuries a pour bases principales la fortune et l'âge; nous verrons que la noblesse et les aptitudes spéciales y entrent aussi pour quelque chose.

Des classes. — Il y eut en tout cinq classes. La première comprit depuis les citoyens les plus riches jusqu'à ceux dont la fortune atteignait seulement 100000 as. Pour appartenir à la seconde, le minimum de fortune exigé fut de 75000 as. Pour la troisième, ce fut 50000 as; pour la quatrième, 25000; pour la cinquième, 11000 d'après Tite Live, et 12500 d'après Denys d'Halicarnasse (3). Quant à

(1) D'après Denys, les chefs de ces tribus n'auraient pas le même nom que ceux des tribus urbaines : ils les appelle simplement ἄρχοντες. Cette circonstance, jointe au silence de Tite-Live, a fait dire, à tort ou à raison, que cette division du territoire rural n'eut rien de commun avec celle de la ville.

(2) En effet le nombre total des tribus urbaines ou rurales n'était encore que de 21 en l'an de Rome 265 (Denys, VII, 64), et de 25 en l'an 369 (Tite Live, VI, 5).

(3) L'on fera ici deux observations : 1° Denys ne parle pas d'as, mais de drachmes

ceux dont l'avoir était inférieur ou à 11 000, ou à 12 500 as, ils ne furent point classés (1).

La distinction des citoyens classés et des non classés est d'une grande importance : les uns payent des impôts proportionnellement à leur fortune personnelle, et pour cela s'appellent *assidui* (de *assem dare*) ; les autres en sont exempts, et parce que l'État ne leur demande que des enfants, on les nomme *proletarii* (2).

Des centuries. — Le nombre total des centuries paraît avoir été de 193. C'est le chiffre donné par Cicéron et par Denys d'Halicarnasse. Otons-en pour le moment cinq sur lesquelles je reviendrai tout à l'heure, et les 188 autres ne seront plus qu'une subdivision des personnes comprises dans les cinq classes. Deux principes présidèrent à cette subdivision : 1° On voulut que la première classe, qui était assurément la moins nombreuse de toutes, formât à elle seule plus de centuries que les quatre autres classes ensemble. Elle en fournit, en effet, 98, tandis que les trois classes suivantes en fournissaient chacune 20, et la cinquième 30 (3). 2° Dans chaque classe on mit d'un côté les *juniores*, c'est-à-dire les hommes qui avaient plus de 17 et moins de 46 ans (4), et d'un autre côté les *seniores*, c'est-à-dire ceux qui avaient dépassé 46 ans, et l'on voulut que les *seniores*, quoique moins nombreux évidemment, fournissent néanmoins autant de centuries que les *juniores*. Toutefois, ce second principe ne fut pas complétement suivi en ce qui concerne la première classe : on y recruta d'abord, en ne s'attachant qu'à la fortune et à la noblesse, dix-huit centuries de cavaliers ou chevaliers (*equites*) (5). Ce n'est que dans la composition des

et de mines, et si l'on veut que ses chiffres s'accordent avec ceux de Tite-Live, il faut mettre dix as dans la drachme et mille dans la mine ; 2° à l'époque de Servius Tullius, l'as contenait une livre de bronze (Gaius, I, § 122), mais à l'époque de Tite-Live et de Denys, il valait beaucoup moins. Aussi est-ce une question que de savoir si ces auteurs reproduisent exactement les chiffres qui figuraient dans la constitution de Servius Tullius ou s'ils les ont changés pour conserver la valeur réelle qu'ils exprimaient.

(1) Denys les considère comme formant une sixième classe. Mais ce langage est contraire à celui de tous les auteurs latins.

(2) Nous verrons tout à l'heure que les *proletarii* s'entendent quelquefois d'une façon beaucoup plus restreinte. Mais en les opposant d'une manière générale aux *assidui*, la loi des douze tables autorise le sens large que j'adopte ici (Aul.-Gell., XVI, 10).

(3) Ces chiffres ne sont pas ceux que donne Cicéron.

(4) Ce chiffre de 46 ans est donné par Aulu-Gelle (X, 28) et par Polybe (VI, 19). Denys d'Halicarnasse (IV, 16) dit 45 ans.

(5) Sur ces dix-huit centuries de chevaliers, il y en a six que les auteurs appellent assez volontiers *sex suffragia*. Ce sont, paraît-il, celles qui existaient avant

80 autres centuries que l'on observa la distinction des *juniores* et des *seniores*.

Aux 188 centuries que les cinq classes nous donnent jusqu'à présent, ajoutons : 1° quatre centuries qui paraissent avoir été recrutées dans les diverses classes indistinctement, et d'après la seule considération des aptitudes spéciales. Ce sont deux centuries d'ouvriers (*fabri*), l'une de *seniores*, l'autre de *juniores*, et deux centuries de musiciens (*tibicines* et *cornicines*), distinguées aussi en *seniores* et *juniores* (1); 2° une dernière centurie, la plus nombreuse de toutes, comprenant tous les citoyens non classés. Nous arrivons ainsi au chiffre de 193 que j'annonçais tout à l'heure (2).

Cette distribution du peuple romain en centuries présente un double intérêt : 1° elle sert de base à la répartition et à la forme du service militaire; 2° Elle fournit les éléments des *comitia centuriata* (3).

Relativement au service militaire, quelques mots suffiront. En temps

Servius Tullius (Cic., *de Rep.*, II, 22). D'après Festus (*sex suffragia*), ce seraient, au contraire, celles qui auraient été créées postérieurement à Tarquin l'Ancien, c'est-à-dire par Servius Tullius. Mais cette opinion est inadmissible, puisque ce dernier roi en créa douze et non pas six (Tit. Liv., I, 43).

(1) Les *fabri* furent adjoints, selon qu'on suit Tite-Live ou Denys d'Halicarnasse, aux centuries de la première ou de la seconde classe, et les musiciens à celles de la cinquième ou de la quatrième. La divergence entre ces deux auteurs est peu importante. Mais il faut remarquer que ni l'un ni l'autre ne disent que les *fabri* et les musiciens appartinssent exclusivement à l'une des cinq classes; ils parlent d'une simple adjonction qui selon moi doit s'entendre du vote dans les comices. Il fallait, en effet, déterminer l'ordre où ces centuries spéciales seraient appelées à voter. Mais il serait étrange que l'on eût pris tous les musiciens dans l'une des deux dernières classes et plus encore tous les *fabri* dans l'une des deux premières.

(2) Tite Live parle d'une centurie *d'accensi* et arrive par là à un total de 194.

(3) Du but même où tend la division des centuries nous devons tirer deux conclusions : 1° elle exclut deux sortes de personnes, auxquelles on ne peut ni imposer le service militaire ni reconnaître le droit de voter. Ce sont d'abord les jeunes gens au-dessous de dix-sept ans (*pueri*), puis les femmes, quel que soit leur âge. Mais faut-il croire aussi que les enfants et les femmes ne pussent pas figurer dans l'une des cinq classes? Je l'ignore. Ce qui me paraît certain, c'est qu'en les supposant *sui juris* et propriétaires d'une fortune qui sans leur âge ou leur sexe les eût fait ranger dans l'une des cinq classes, ils devaient être soumis à l'obligation de payer des impôts. Tite-Live (I, 43) nous en donne la preuve en disant que Servius Tullius exigea des veuves une certaine somme destinée à entretenir les chevaux des *equites*. En sens inverse, il est évident que les fils de famille sont compris dans les centuries, sinon la partie la plus virile de la population serait exclue de l'armée et des comices. Évidemment aussi, puisque les centuries ne sont guère autre chose qu'une subdivision des classes, les fils de famille doivent être classés; mais dépourvus de fortune personnelle ils ne peuvent figurer que dans la classe de leur père, et c'est celui ci qui doit fournir aux dépenses qu'exige d'eux le service militaire (arg. de Tit Liv., XXIV, 11).

de guerre, toutes les centuries de *seniores* restent à Rome pour la garde et la défense de la ville. L'armée active, celle qui est appelée, soit tout entière, soit en partie, à entrer en campagne, se compose de deux éléments : d'une part les dix-huit centuries de chevaliers qui, comme leur nom l'indique, forment la cavalerie, et d'autre part les *juniores*, qui forment l'infanterie ; toutefois ceux des *juniores* qui figurent parmi les ouvriers ou les musiciens ont un rôle à part : ils ne se battent pas et ne sont pas armés. Du reste tous s'équipent à leurs frais. Les diverses centuries ont des armes et des fonctions différentes, selon la classe à laquelle elles appartiennent. Quant aux citoyens de la dernière centurie, aux non classés, Tite Live et Denys s'accordent à dire que régulièrement ils ne furent pas astreints au service militaire, et cela sans doute parce qu'à raison de la modicité ou de la nullité de leur avoir ils ne paraissaient pas assez intéressés à la défense de leur patrie (1).

Sur les comices par centuries, je dois entrer dans plus de détails, puisque ce sont eux qui votent les *leges centuriatæ*. Leurs attributions, comme celles des comices par curies, consistent à nommer les magistrats, à voter les lois, à décider de la paix ou de la guerre (Denys d'Hal., IV, 20). Du reste, quel que soit de ces trois objets celui dont il s'agit, les règles générales selon lesquelles ils fonctionnent sont identiques.

12. Les *comitia centuriata* ne se réunissent pas, comme les *comitia curiata*, au forum, mais au champ de Mars, et cela parce qu'ils délibèrent sous la protection d'une armée ; or les Romains, dans une pensée de sage prévoyance, voulaient qu'à l'intérieur de la ville le citoyen ne fût que citoyen, non soldat (Aul. Gell., XV, 27. — Tit. Liv., VI, 20).

Ce qui est plus important à noter, les centuries votent selon le même mode que les curies, en ce sens que chaque centurie n'a qu'une

(1) Il paraît que les citoyens non classés se partageaient en trois catégories : 1° les *accensi*, c'est-à-dire ceux dont l'avoir dépassait 1500 as sans arriver au chiffre nécessaire pour compter dans la cinquième classe ; 2° les *proletarii* proprement dits : leur avoir dépassait 375 as et n'allait pas au delà de 1500 ; 3° les *capite censi*, qui n'avaient rien ou n'avaient pas plus de 375 as. Or la condition de ces diverses personnes était fort différente en ce qui concerne le service militaire. Les *accensi* étaient appelés pour remplacer les citoyens classés qui avaient été tués à la guerre. L'exemption n'était donc guère sérieuse pour eux ; mais ils avaient l'avantage d'être équipés aux frais de l'État. Quant aux *proletarii*, ils n'étaient appelés qu'en cas de *tumultus*. Les *capite censi* seuls étaient absolument exclus des armées ; c'est Marius qui le premier les enrôla. (Aul.-Gell., VI, 10. — Festus, V^is *accensi, adscriptitii, assidui*).

voix, et que cette voix se forme par la majorité de celles des individus qui la composent (1). Mais tandis qu'on ne faisait aucune différence entre les trentes curies, et que toutes étaient toujours appelées à émettre leur vote, à l'égard des centuries l'on suit un autre procédé : elles sont appelées par classes. On fait voter d'abord les 98 centuries de la première classe, et parmi elles, en première ligne, celles des chevaliers, dont le vote est proclamé à part (2). S'il y en a 97 qui votent dans le même sens, on a dès lors une majorité acquise, par conséquent l'on s'arrête et les comices sont dissous. Dans le cas contraire, les centuries de la seconde classe sont appelées. Que si leurs votes, réunis à ceux de la première classe, forment une majorité, les classes subséquentes ne votent pas; sinon l'on appelle la troisième, puis successivement, s'il y a lieu, la quatrième, la cinquième, et même la centurie des non classés. Selon Denys d'Halicarnasse (IV, 20), la quatrième classe votait rarement; il cite même (X, 17) un cas où la majorité fut acquise après le vote de la première, et ce cas devait fréquemment se reproduire, s'il est vrai, comme le dit Cicéron (*Pro Planc.*, 20; *De div.*, I, 45), que la centurie qui votait en premier lieu exerçât presque toujours une influence décisive (3).

Par l'ordre dans lequel les centuries sont appelées à voter et plus encore par la façon dont elles sont composées, il est facile de voir que l'organisation des nouveaux comices est conçue dans un esprit tout différent de celui qui avait présidé à l'organisation des comices par curies. Dans ceux-ci l'aristocratie de naissance était souveraine, dans les comices par centuries la prédominance appartient à la fortune. Le but de Servius Tullius, très-nettement défini par les auteurs qui nous décrivent sa constitution, fut de donner théoriquement le droit de suffrage à tous (4), en s'arrangeant de telle façon qu'en fait il ne fût exercé que par

(1) Il paraît que pendant longtemps les citoyens votèrent à haute voix (Cic., *de Legib.*, III, 15 et 16). Plus tard le vote fut secret. Chaque citoyen recevait deux bulletins portant l'un les lettres U et R (*uti rogas*), l'autre la lettre A (*Antiquo*) (Cic., *Epist. ad Attic.*, I, 14). Donc nul amendement possible; il fallait ou adopter ou rejeter purement le projet. Ce système n'avait pas à Rome autant d'inconvénients qu'on le croirait d'abord, parce que l'on ne faisait pas de lois *per saturam*, c'est-à-dire ayant plusieurs objets à la fois (Festus, v° *Satura*. — Cic., *de Legib.*, III, 4). La loi des Douze Tables est peut-être sous la république le seul exemple d'une loi *per saturam*.

(2) Les centuries d'*equites*, précisément parce qu'elles votent les premières, s'appellent *prærogativæ*. On veut qu'elles éclairent les autres (Festus, v° *Prærogativa*).

(3) Au temps de Cicéron, il n'y avait plus qu'une centurie *prærogativa* (p. 35, note 1).

(4) On a contesté la participation des plébéiens aux comices par centuries. Abstraction faite des textes, cette opinion serait difficile à soutenir; car les centuries, considérées comme base du service militaire et de la répartition des charges pécu-

les plus riches, c'est-à-dire par la minorité (1). C'est ce qui ressort de ces deux faits, que la première classe comprend à elle seule un plus grand nombre de centuries que tout le reste du peuple romain, et que lorsque ces centuries s'accordent entre elles il n'y a pas même lieu de faire voter les autres. Une autre idée encore guida Servius Tullius : il craignit l'influence de la jeunesse, ordinairement plus accessible que l'âge mûr aux innovations bonnes ou mauvaises, et c'est pourquoi il voulut que les *juniores*, nécessairement plus nombreux que les *seniores*, ne comptassent pourtant pas une voix de plus. En dernière analyse, sa constitution assurait la prépondérance, et l'on peut dire la souveraineté à la fortune et à l'âge, deux éléments essentiellement conservateurs, l'un par intérêt, l'autre par tempérament (2). La nouvelle organisation n'était donc pas plus démocratique en elle-même que la précédente; toute sa supériorité consistait en ce que la noblesse de naissance ne saurait s'acquérir, tandis que l'on arrive à la fortune par le travail et que l'âge mûr succède fatalement à la jeunesse. Il n'y avait donc pas de citoyen qui ne pût espérer de compter un jour dans la première classe, et pas un *junior* qui ne fût sûr, s'il vivait, de devenir *senior*.

Sur ce qui vient d'être dit il ne faudrait pas croire que l'influence patricienne fût totalement exclue des comices par centuries. On sait d'abord que les grandes fortunes appartenaient généralement à la noblesse, et l'on a vu que les dix-huit centuries *d'equites*, les plus influentes de toutes, se recrutaient parmi les plus nobles. Ces deux points mis à part, voici quatre règles ou usages qui ont pour but manifeste d'assurer la prépondérance aux patriciens : 1° un sénatus-consulte est toujours nécessaire pour autoriser la présentation du projet de loi (*rogatio*) et la réunion des comices (Cic., *in Vatin.*, 15; *Epist. ad Att.*, I, 14; *de Rep.*, II, 32. — Tit.-Liv., VI, 41); 2° les comices sont présidés et convoqués par un *magistratus senatorius*. C'est lui

niaires, comprenaient certainement les plébéiens. Or il n'est guère croyable qu'envisagées comme élément des comices elles eussent reçu une organisation différente. Mais ce qui est décisif, Tite Live (II, 64) nous montre la *plebs* refusant de prendre part à des *comitia consularia* qui paraissent bien être des comices par centuries; et Denys (IV, 20 *in jure*) dit formellement que les citoyens non classés (ceux qu'il regarde comme formant une sixième classe) pouvaient être appelés à voter. Or, à coup sûr, ces citoyens étaient tous ou presque tous de la plèbe.

(1) Cicéron (*de Rep.*, II, 22) dit : *Semper in republica tenendum est ne plurimi plurimum valeant.*

(2) Aulu-Gelle est donc très-exact lorsqu'il dit que dans les comices par centuries l'on votait *ex censu et ætate* (XV, 27).

aussi qui prend les auspices, formalité indispensable pour la validité de la délibération (Cic., *De Divin.*, II, 35. — Tit.-Liv., IV, 7; VI, 41) (1). Sur ces deux points, l'influence patricienne subit un véritable échec le jour où les plébéiens devinrent éligibles à toutes les magistratures curules, et purent être directement introduits au sénat par les censeurs; 3° la loi votée, un nouveau sénatus-consulte, ou peut-être une loi curiate, était nécessaire pour la ratifier (Tit.-Liv., VI, 42). Mais en l'an de Rome 416, sous la dictature de Publilius Philo, une loi décida que cette ratification serait donnée d'avance (Tit.-Liv., VIII, 12) (2). Dès lors, le sénatus-consulte qui autorisait la réunion des comices valut approbation de leur vote futur, et tel était encore l'usage suivi au temps de Tite-Live (I, 17); 4° enfin, les comices ne devaient jamais se réunir les jours de marché, cela évidemment pour éviter l'affluence des gens de la campagne, plébéiens pour la plupart (Macrob., *Saturn.*, I, 16).

13. Si nous en croyons Cicéron (*De Rep.*, II, 31), la première loi centuriate n'aurait été rendue que sous le consulat et sur la proposition de Valérius Publicola. D'où il faudrait conclure que jusqu'à l'établissement de la république, les comices par centuries ne fonctionnèrent que pour l'élection des magistrats, et que le pouvoir législatif continua d'être exercé par les curies. Il est vrai qu'à cet égard Denys d'Halicarnasse (IV, 20) ne s'accorde point avec Cicéron. Il dit très-expressément que pour toutes choses Servius Tullius se fit une loi de réunir les centuries au lieu des curies. Quelle que soit la vérité sur ce point, ce qui est certain, c'est que les comices par curies ne furent jamais supprimés en droit; mais les comices centuriates, grâce à leur composition moins aristocratique, prévalurent en fait, et les curies ne demeurèrent compétentes que pour consacrer certains actes juridiques, tels que l'arrogation ou le testament, et pour conférer aux magistrats l'*imperium* et le droit de prendre les auspices (Tit.-Liv., V, 52. — Cic., *De Leg. agr. contr. Rull.*, II, 10 à 12). Encore devint-il bientôt difficile de les réunir, parce qu'elles reposaient sur une antique distinction de races et de familles qui allait s'effaçant tous les jours, et on les

(1) Si les auspices n'étaient pas favorables, l'on congédiait l'assemblée. Cicéron (*De legib.*, III, 12) constate qu'on trouvait là un moyen fort commode pour prévenir des votes désagréables à l'aristocratie.

(2) D'après Cicéron (*Brutus*, 14), cette décision appartiendrait à une loi Mænia, loi qui probablement eut pour objet de confirmer ou de compléter celle dont Tite-Live attribue l'initiative à Publilius Philo. Nous trouvons, en effet, un consul Mænius en l'an de Rome 417 (Tit.-Liv., VIII, 13).

remplaça par trente licteurs réunis sous la présidence du magistrat. Ce ne fut plus qu'une simulation des anciens comices par curies (*ad speciem atque ad usurpationem vetustatis adumbrata comitia*) (Cic., *Cont. Rull.*, II, 12).

A. Quant aux comices par centuries, ils subsistaient certainement encore au siècle d'Auguste. Mais leur organisation avait été modifiée dans un sens démocratique, c'est ce qu'atteste Denys d'Halicarnasse (IV, 21). En quoi consistaient ces modifications? Il y a là-dessus trois lignes de Tite-Live (I, 43), probablement fort claires pour ses contemporains, mais dont les interprètes n'ont pas réussi à fixer le sens (1). Voici les deux opinions principales qui se sont produites : 1° Chaque tribu, et l'on sait que dans le dernier état des choses elles sont au nombre de 35, se diviserait en 2 centuries, l'une de *juniores*, l'autre de *seniores*. De cette façon l'on aurait un total de 70 centuries, auxquelles il faudrait ajouter les 18 de chevaliers, qui n'avaient pas cessé de subsister. Il semble donc que du système établi par Servius Tullius, on eût fait disparaître l'élément le plus essentiel, la prépondérance de la fortune, et que désormais les comices par centuries eussent pour base, non plus la distinction des classes (2), mais celle des tribus, c'est-à-dire au fond le nombre des citoyens qui primitivement n'avait pas été pris en considération. Toutefois la portée de ce changement aurait été fort atténuée par les modifications que subit aussi, comme on le verra bientôt (n° 15), la composition des tribus. 2° L'on séparerait dans chaque tribu les membres appartenant à chacune des cinq classes. On obtiendrait par là cinq groupes dont chacun se dédoublerait lui-même en *juniores* et en *seniores*. Chaque tribu fournirait ainsi 10 centuries; on en aurait donc en tout 350, plus les 18 centuries d'*equites*. Cette opinion, qui a sur la précédente l'avantage de ne pas faire abstraction complète de la distinction des classes, s'appuie d'ailleurs sur quelques textes d'où il paraît résulter que la centurie finit par n'être qu'une subdivision de la tribu et les tribus par servir de base aux comices par centuries (Cic., *Pro Planc.*, 20. — *De leg.*, III, 3. — Tit.-Liv., V, 18; VI, 21) (3). Si tel est vraiment le sens de

(1) Voici les expressions mêmes de Tite-Live : *hunc ordinem, qui nunc est, post expletas quinque et triginta tribus, duplicato earum numero, centuriis juniorum seniorumque, ad institutam ab Servio Tullio summam non convenire.* Il s'adapte surtout à la première des deux opinions que je vais exposer.

(2) Ceci comporte une petite restriction : c'est que les centuries d'*equites* continuèrent certainement de se recruter dans la première classe.

(3) Une légère objection peut être faite; en effet, j'expliquerai tout à l'heure

la réforme opérée dans l'organisation créée par Servius Tullius, elle remonterait à une époque fort ancienne, puisque les textes précités de Tite-Live se réfèrent au IVe siècle de Rome. On s'expliquerait ainsi nombre de résultats importants que les plébéiens obtinrent de bonne heure, et dont il serait difficile de se rendre compte si la première classe fût restée longtemps maîtresse dans les comices. Je fais allusion notamment à la loi agraire, votée sur la proposition de Licinius Stolon, aux lois centuriates qui rendirent les plébiscites obligatoires pour tous, et à celles qui permirent aux plébéiens d'aspirer même aux plus hautes magistratures (1).

14. *Troisième source :* PLÉBISCITES. — D'après son étymologie, ce mot désigne proprement une décision rendue non par le peuple entier, c'est-à-dire par la réunion des patriciens et des plébéiens, mais par les plébéiens seuls, et tels furent en effet les premiers plébiscites. Leur origine se rattache évidemment à la création des tribuns de la plèbe, puisque ce sont ces magistrats qui les proposent (§ 4 *sup.*). C'est en l'an de Rome 261 que le tribunat fut institué (2). Dès lors l'opposition de la plèbe au patriciat prit un caractère légal; les tribuns en furent les chefs réguliers, ils durent donc fréquemment convoquer les plébéiens, et cela en s'attachant à la division par tribus ou quartiers. Ces assemblées assurément furent toujours licites, ou bien l'exercice du tribunat n'aurait pas pu être sérieux. Toutefois on est fondé à croire qu'elles n'eurent pas d'abord une organisation régulière, qu'elles furent un simple fait plutôt qu'une institution légale. Mais peu de temps après la création des premiers tribuns, elles devinrent un des rouages réguliers de la constitution romaine. Ainsi, en l'an 280, une loi décida que ces magistrats, qui jusque-là étaient nommés par les *comitia centuriata*, seraient désormais élus par les *comitia tributa* (Tit.-Liv., II, 56 et 58). Cette

(n° 15) que les quatre tribus urbaines comprenaient surtout des citoyens pauvres. Il est donc difficile de croire que les cinq classes y fussent toujours représentées. Mais l'objection ne me paraît pas décisive. Elle aboutit simplement à restreindre la portée du système que j'expose, en ce sens que les tribus urbaines pouvaient ne pas comporter la composition de dix centuries.

(1) Un autre changement fut opéré, et il n'est pas sans importance : il consiste en ce que la centurie *prærogativa* dut être désignée, entre toutes, par le sort (Cic., *Phil.*, II, 33. — Tite-Live, XXIV, 7; XXVII, 6).

(2) Il n'y eut d'abord que deux *tribuni plebis* (Tite-Live, II, 33). En l'an 283, il y en eut 5 (Tite-Live, II, 58). Enfin, à partir de l'an 295, il y en eut 10. On en prenait deux dans chacune des cinq classes (Tite-Live, III, 30), détail qui prouve, pour le dire en passant, que dès lors la fortune n'était pas tout entière concentrée entre les mains des patriciens. Car l'on sait que les *tribuni plebis* devaient être plébéiens eux-mêmes.

loi tendait, dit Tite-Live, à exclure l'influence indirecte que les patriciens exerçaient par leurs clients sur la nomination des tribuns, mais du même coup elle reconnaissait l'existence légale des comices par tribus (1). Du reste, il est évident que les décisions de ces comices, œuvres des plébéiens seuls, rendues sans que l'on prît les auspices et sans que le sénat intervînt, ni pour autoriser ni pour sanctionner le vote (Denys, II, 14), ne devaient logiquement lier que la plèbe, et il en fut ainsi jusqu'à ce qu'en l'an 467 la loi *Hortensia*, renouvelant la décision de deux lois mal observées, les lois *Valeria Horatia* de l'an 305, et *Publilia* de l'an 416 (Tit.-Liv., III, 55; VIII, 12), soumit définitivement les patriciens eux-mêmes à l'autorité des plébiscites (§ 4 *sup.* — L. 2 § 8, *De orig. jur.*, I, 2. — Gaius, I, § 3 — Aul.-Gell., XV, 27) (2). Dès lors les comices par tribus cessèrent de leur être fermés, et le mot *plebs* désigna non plus les seuls plébéiens, mais le peuple entier convoqué en cette forme démocratique (3). Tel est bien le langage des textes, qui désormais présentent le plébiscite comme l'œuvre du *populus* (Cic., *Philip.*, VI, 5; *De Leg.*, III, 19. — Tit.-Liv., XXX, 43). Dès lors aussi l'on put sans grande inexactitude étendre aux plébiscites la qualification de *leges*. Et en effet, plusieurs lois des plus connues, telles que les lois Cincia, Voconia, Falcidia, Aquilia, ne sont que des plébiscites.

De même que dans les autres comices l'on votait par curies ou par centuries, ici l'on votait par tribus (4); mais toutes les tribus étaient appelées à exprimer leur suffrage, le droit de la multitude n'était donc plus illusoire (Denys d'Hal., VII, 64. — Tit.-Liv., VI, 21; XXXVIII, 54). Du reste, étant donnée la composition des tribus, il est évident que les pa-

(1) Tel fut aussi le résultat de la loi qui permit aux tribuns de faire juger un patricien quelconque par les plébéiens. Les comices par tribus étaient ainsi érigés en juridiction criminelle (Denys d'Hal., IX, 46).

(2) Pour expliquer ces trois lois rendant successivement la même décision, on a supposé que la loi *Valeria Horatia* subordonnait la force obligatoire du plébiscite à l'autorisation préalable du sénat et à la ratification postérieure des curies. La première condition aurait été supprimée par la loi *Publilia*, la seconde par la loi *Hortensia*. Mais de cette seconde condition il n'est question nulle part. Quant à la première, on a cru la trouver indiquée dans Tite-Live (IV, 6). Mais rien ne prouve que cet historien se réfère à un projet de plébiscite plutôt qu'à un projet de loi centuriate. Je crois donc que la loi *Hortensia* fut motivée par la seule inobservation des deux lois précédentes.

(3) C'est alors seulement que les assemblées par tribus méritèrent vraiment le nom de comices. Jusque-là c'étaient des *concilia*, nom que l'on donne à toute assemblée qui exclut une partie du peuple (Aulu-Gelle, XV, 27).

(4) Le vote était secret. Il se faisait par le dépôt d'un petit caillou (*calculus*) dans une urne (Denys d'Hal., VII, 17; X, 39 et 41).

triciens, à raison de leur infériorité numérique, n'y exerçaient qu'une influence très-effacée, et c'est pourquoi ils durent répugner à l'observation des plébiscites. C'est sans doute pour vaincre cette répugnance, résultat de préjugés religieux et aristocratiques, que furent introduits les deux usages suivants : 1° on dut prendre les auspices avant la délibération des tribus sur un plébiscite (Cic., *De Legib.*, II, 12; *Epist. ad div.*, VII, 30) (1); 2° les tribuns demandaient ordinairement l'approbation préalable du sénat; mais, en matière de droit privé, ce n'était qu'une politesse dont ils se dispensaient quelquefois (Tit.-Liv., IV, 6; XXI, 63; XXXV, 7) (2).

15. C'est à l'organisation qui vient d'être décrite que se réfère Aulu-Gelle disant que dans les comices par tribus l'on vote *ex regionibus et locis* (XV, 27). Mais cette organisation finit par être modifiée. Dans le principe, les tribus étant de simples divisions par quartiers, le domicile de chaque citoyen déterminait la tribu à laquelle il devait appartenir. A la longue il serait résulté de ce système que les peuples voisins de Rome, successivement investis du droit de cité, et les descendants d'affranchis, de plus en plus nombreux, auraient formé la majorité dans les *comitia tributa*. En vue sans doute de prévenir ce résultat blessant pour l'orgueil romain, on transforma les tribus en une division personnelle, et les censeurs reçurent le droit de les composer sans tenir compte du domicile. Par suite de ce changement, qui nous apparaît réalisé dès l'an de Rome 450, les propriétaires fonciers, classe de tout temps conservatrice, composèrent les trente et une tribus rurales. La population pauvre fut rejetée dans les quatre tribus urbaines. Dans l'une d'elles, ce fut la tribu Esquilina, le censeur Tiberius Gracchus, père des deux fameux tribuns, entassa tous les affranchis, et Aurelius Victor cite une loi Æmilia de l'année 638, d'après laquelle ils durent toujours être compris dans les tribus urbaines (Tit.-Liv., IX, 46; XL, 51; XLV, 15. — Cic., *De orat.*, I, 9. — Aur. Vict., *De vir. illust.*, 72) (3). Le pouvoir des cen-

(1) On ne les prenait pas quand il s'agissait de l'élection d'un magistrat nécessairement plébéien (Tite-Live, VI, 41. — Denys d'Hal., IX, 49).

(2) En matière de droit public il fallait absolument que la présentation du plébiscite fût autorisée par le sénat (Tite-Live, XXX, 27).

(3) Il ressort des textes que je cite, et particulièrement de ceux de Tite-Live, que, sous la réserve de la disposition de la loi Æmilia, les censeurs étaient investis, en ce qui concerne la composition des tribus, d'un pouvoir absolument discrétionnaire. Les résultats que je donne expriment donc le fait ordinaire plutôt qu'une nécessité légale; et un censeur qui aurait réparti également les pauvres et les affranchis

seurs alla même jusqu'à priver un citoyen du droit de suffrage (1).

Par ces modifications, il est facile de voir que dans le dernier état des choses, c'est la richesse qui est souveraine dans les comices par tribus, comme elle l'avait été dans les anciens comices par centuries, et plus encore, puisqu'ici son influence n'est pas mitigée par celle des *seniores*. Les courageux efforts de la plèbe n'avaient donc pas abouti. A l'aristocratie de race avait succédé l'aristocratie d'argent, au patricien le parvenu enrichi. On s'explique ainsi que les plébiscites, devenus, malgré la différence du mécanisme, l'œuvre des mêmes influences que la loi, aient fini par ne plus rencontrer de résistance dans le patriciat et que sur la fin de la république ils forment la source la plus abondante du droit privé. Néanmoins, les comices par centuries demeurèrent les plus considérés. On les appelait *maximus comitiatus* (Cic., *De Leg.*, III, 4 et 19) Ce sont eux qui ordinairement nommaient aux magistratures curules.

Les plébiscites, comme les lois, et plus tard les sénatus-consultes, prenaient régulièrement le nom du magistrat qui les avait proposés.

16. *Quatrième source :* CONSTITUTIONS IMPÉRIALES. — On appelle ainsi les décisions des empereurs. Le code Justinien n'en reproduit aucune qui soit antérieure à Adrien. Mais il est bien certain que les premiers empereurs en rendirent, et les textes en citent qui remontent à Auguste et même à César (Inst., pr., *Quib. non est permiss.*, II, 12.

dans toutes les tribus n'aurait violé aucune loi. Il aurait simplement compromis la toute-puissance des riches et livré l'influence aux citoyens les moins soucieux des traditions nationales. On remarquera, au surplus, que les textes précités se réfèrent tous à des époques antérieures à la guerre sociale; or comme cette guerre eut pour conclusion l'octroi du droit de cité à tous les Italiens, si l'on eût continué de réserver les trente et une tribus rurales aux propriétaires du sol et de les y répartir à peu près également, il aurait pu arriver que l'élément italien l'emportât sur l'élément romain. En conséquence, les Italiens furent d'abord groupés ensemble dans huit tribus. En l'an de Rome 667, Cinna promit de les répartir dans les trente-cinq tribus (Vell. Paterc., II, 20). Cette répartition, qui eût abouti, par une application très-régulière du principe nouveau de la personnalité des tribus, à donner la prépondérance la plus absolue aux citoyens de la veille, fut-elle réalisée? Il est au moins certain qu'elle ne subsista pas longtemps, puisque nous voyons, peu d'années après, les Italiens se soulever avec une énergie nouvelle et menacer d'une ruine complète les Romains qu'ils appellent *raptores Italicæ libertatis lupos* (Vell. Paterc., II, 27).

(1) Un tel citoyen s'appelait *ærarius* (contribuable sans droits), et on disait de lui qu'il était inscrit *in Cæritum tabulis*, allusion aux habitants de la ville de Cære, qui, ayant donné asile aux dieux de Rome pendant l'invasion gauloise, avaient reçu, à titre de récompense, le *jus civitatis*, mais diminué du *jus suffragii* (Aulu-Gelle, XVI, 13).

— L. 2 pr., *Ad s. c. t. Vell.*, XVI, 1. — L. 1 pr., *De test. mil.* — L. 21, *De man. vind.*, XL, 2. — L. 23 § 2, *De lib. caus.*, XL, 12). Ces constitutions tirent leur force obligatoire de la *lex Regia*. Cette loi, dont le nom, emprunté aux usages de l'ancienne monarchie (1), n'est mentionné depuis l'empire que par Ulpien et Justinien (L. 1 pr., *De const. princ.*, I, 4. — L. 1 § 7, C., *De vet. jur. enucl.*, I, 17. — § 6 *sup.*), n'est pas, comme on l'a cru longtemps, une loi rendue une fois pour toutes et par laquelle le peuple aurait à tout jamais abdiqué entre les mains des empereurs. Elle n'est autre chose qu'un sénatus-consulte qui à chaque avénement conférait l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir exécutif, au nouveau prince. C'est ce que prouvent d'abord de nombreux passages de Tacite et de Suétone (Tacit., *Ann.*, I, 11 et 12; XII, 69; *Hist.*, I, 47; IV, 3. — Suét., *Tib. Cæs.*, 24; *Caius Calig.*, 14). C'est ainsi encore que Maximin, proclamé par une armée, ayant régné *sine decreto senatus*, ce fait est signalé comme exceptionnel par Julius Capitolinus (*Maximini duo*, 8) et par Eutrope (*Brev. Hist. rom.*, lib. IX). Enfin, ce qui parle plus haut que tout le reste, un monument dont on a vainement contesté l'authenticité, une table de bronze trouvée à Latran vers le milieu du XIVe siècle, contient une partie de la *lex* qui investissait Vespasien de ses pouvoirs. Tout cela concorde exactement avec le texte si précis de Gaius, qui nous apprend que l'empereur *per legem imperium accipit* (I, § 5). Gaius ne parlerait pas au présent, s'il s'agissait d'une loi rendue une fois pour toutes (2).

Si maintenant on se rappelle que dans les idées romaines le peuple est considéré comme à peu près omnipotent et la compétence législa-

(1) Sous la royauté on appelait *lex Regia* une loi qu'après son élection le roi présentait *de imperio suo* aux comices par curies (Cic., *De Rep.*, II, 13, 17, 18, 20 et 21). Dans l'usage l'élection était faite par les comices, sur la proposition d'un *interrex* nommé par le sénat; mais les comices ne votaient probablement que sur la proposition du roi lui-même. De là la nécessité de la *lex Regia* pour confirmer l'élection. Au fond, il n'y avait là que subtilité et cercle vicieux : car ou le roi était déjà roi avant de proposer cette *lex curiata*, et alors elle était inutile; ou bien il n'était pas encore roi, et alors il ne pouvait faire une proposition valable. Sous la république, l'usage se maintint de conférer l'*imperium* aux magistrats par une loi curiate (n° 13). La *lex Regia* de l'empire reprend donc sous un vieux nom et dans une forme nouvelle une ancienne tradition.

(2) Ainsi comprise, la *lex Regia* prouve que non-seulement l'empire romain n'était pas héréditaire, mais que l'on ne considérait pas la forme du gouvernement comme constitutionnellement fixée pour toujours. Donc une révolution qui à la mort d'un prince aurait fait revivre la république, eût été aussi légale dans la forme que légitime dans son principe, et voilà pourquoi les empereurs faisaient souvent de leur vivant investir leur successeur ou même partageaient le trône avec un associé.

tive comme illimitée (1), il est clair que l'empereur, représentant le peuple, donnera force de loi à ses volontés, quelles qu'elles soient, *quod principi placuit legis habet vigorem* (§ 6 *sup.*), et qu'il pourra à sa discrétion observer les lois ou s'en affranchir : *Legibus soluti sumus, tamen legibus vivimus*, disent Septime Sévère et Caracalla (Inst., § 8, *Quib. mod. test.*, II, 17. — L. 31, *De legib.*, I, 3. — L. 3., C., *De testam.*, VI, 23). Aussi Théophile est-il en plein dans la vérité historique, lorsqu'il écrit que l'empereur est maître absolu des biens et des personnes de ses sujets (*sur le* § 7, *De jur. natur.*) C'est ainsi qu'une idée fausse, jointe à l'abaissement général des caractères, aboutit à la négation la plus franche du droit individuel.

17. Les constitutions impériales se subdivisent en quatre catégories : 1° les *edicta*, dispositions émanant de l'initiative impériale et réglant pour l'avenir et d'une manière générale un ou plusieurs points de droit (2); 2° les *mandata* ou instructions adressées à un fonctionnaire sur la conduite qu'il doit tenir. D'ordinaire, ils présentent un caractère purement politique, et c'est pour cela sans doute que Justinien les néglige. Mais les textes prouvent que par exception ils peuvent se référer au droit privé (L. 65, *De rit. nupt.*, XXIII, 2); 3° les *rescripta*, réponses adressées à un magistrat, à un juge, même à un particulier, qui consultent l'empereur sur un point de droit douteux à leurs yeux (3). Les *rescripta* s'appellent particulièrement *subscriptiones*, lorsque l'empereur formule sa réponse au bas de la requête (*supplicatio*) à lui adressée ; *epistolæ*, lorsqu'il la rédige en un écrit distinct (4); 4° les *decreta* ou jugements rendus par l'empereur en sa qualité de juge en dernier ressort.

Il est évident que les rescrits et les décrets n'ont pas nécessairement force de loi pour les hypothèses semblables à celles sur lesquelles ils ont été rendus; il faut que telle soit la volonté du prince,

(1) Sous la république la volonté du peuple n'était pas absolument toute-puissante. Elle ne pouvait, dit Cicéron (*pro Cecina*, 33), dépouiller un homme libre de sa liberté ni un citoyen de son droit de cité. Les empereurs, en s'attribuant les pouvoirs du peuple, les exagérèrent.

(2) Dans la langue du Bas-Empire, l'*edictum* est souvent appelé *lex edictalis* (L. 6 pr., C., *De sec. nupt.*, V, 9. — L. ult., C., *De bon. lib.*, VI, 4).

(3) Presque toujours le rescrit est sollicité à l'occasion d'un procès pendant, et alors il dicte la décision du juge. Mais il n'exerce jamais aucune influence sur une affaire déjà tranchée par un jugement dont on ne peut appeler.

(4) Gaius (I, § 5) et Justinien (§ 6 *sup.*) prennent le mot *epistolæ* dans le sens général de rescrit. Il est question d'une *subscriptio* aux Institutes (pr., *Quibus non est permiss.*, II, 12).

ainsi que le texte des Institutes (§ 6 *sup.*) le fait suffisamment comprendre (1). En l'an 398, les empereurs Arcadius et Honorius, sans doute pour éviter au juge l'embarras de rechercher la volonté du prince, restreignirent l'autorité des rescrits à l'affaire même qui les aurait provoqués, à moins qu'ils ne continssent l'expression formelle d'une volonté contraire (L. 11, C. Th., *De div. rescript.*, I, 2). Justinien n'ayant nulle part reproduit cette décision, c'en serait assez pour conclure qu'il l'abroge, si cela ne résultait pas d'ailleurs et des Institutes (§ 6 *sup.*) et d'un texte encore plus formel qui figure dans l'une des trois constitutions placées en tête de son code (*De Just. cod. conf.*, § 3) (2).

Il est, du reste, fort rare que les rescrits créent un droit absolument nouveau. Presque toujours ils constatent une règle déjà reçue ou font prévaloir une doctrine controversée. Leur mission est de fixer la jurisprudence. Quant aux décrets, ils sont souvent la source d'un droit exceptionnel fondé sur la faveur ou sur l'équité.

18. *Cinquième source:* SÉNATUS-CONSULTES. — Nous ne connaissons, antérieurement à l'empire, aucun sénatus-consulte relatif à des matières de pur droit privé (3). Et de là une question fort délicate : il s'agit de savoir si le pouvoir législatif du sénat remonte jusqu'à l'époque de la république. D'après Théophile (sur le § 4 *sup.*), la loi Hortensia aurait rendu les sénatus-consultes, comme les plébiscites,

(1) Des auteurs ont nié absolument et pour toutes les époques du droit romain le caractère obligatoire des rescrits. Mais c'est une erreur évidente, puisque Gaius et Justinien les placent sur la même ligne que les *edicta*. Au surplus, l'empereur Opilius Macrinus, qui était jurisconsulte, conçut le projet, qu'il n'exécuta pas, d'abroger tous les rescrits de ses prédécesseurs, projet inintelligible si ces rescrits n'avaient pas eu force de loi. C'est Julius Capitolinus qui rapporte ce fait (*Opil. Macr.*, 13).

(2) Nous avons aussi une constitution de Justinien (L. 12 pr., C., *De leg.*, I, 14) qui décide qu'en principe les *decreta* auront force de loi générale. Cette décision donne lieu de croire à l'existence d'une controverse, et cette controverse, fort probablement, avait été suscitée par la constitution des empereurs Arcadius et Honorius. En effet, il est difficile de reconnaître plus d'autorité aux *decreta* qu'aux *rescripta*. Si ceux-ci ne gouvernent pas l'avenir, à plus forte raison faut-il admettre que les *decreta*, qui supposent nécessairement un procès, n'ont d'autre effet que de le trancher.

(3) Pour prouver qu'il y eut de tels sénatus-consultes même sous la république, on a argumenté du rapprochement de deux textes sur lesquels je reviendrai (L. 23 pr., *De lib. caus.*, XL, 12. — L. 3, *Quib. ad lib. procl.*, XL, 13. — N° 38). — Il ne faut pas dans le même sens alléguer que le sénat pouvait régler la condition privée des peuples vaincus ou sujets de Rome (Tite-Live, XXVI, 34). Cette réglementation rentrait évidemment dans le droit public.

obligatoires pour le peuple entier, tandis qu'auparavant ils n'auraient lié que les patriciens. Mais cette assertion, outre qu'elle n'est confirmée par aucun des autres auteurs qui parlent de la loi Hortensia, ne saurait se concilier avec un texte fort précis de Gaius (I, § 4), où nous lisons que l'autorité des sénatus-consultes avait fait l'objet d'une controverse. L'erreur de Théophile démontrée, notre question n'est pas encore tranchée. Que le pouvoir législatif du sénat n'ait point été reconnu par la loi Hortensia, cela ne prouve pas qu'il ne date pas de la république, et en effet Pomponius le présente comme antérieur à celui des empereurs (L. 2 §§ 9 et 11, *De orig. jur.*) (1). Mais son témoignage paraîtra plus que suspect, si l'on tient compte du motif par lequel il explique l'autorité des sénatus-consultes. Ce motif, reproduit aux Institutes (§ 5 *sup.*), consiste à dire que l'augmentation de la population aurait rendu difficile la réunion des comices (2). Or, comme il est certain que les comices se réunirent régulièrement pendant toute la durée de la république, l'explication de Pomponius contient implicitement un aveu précieux : elle signifie que l'empire mit le sénat à la place du peuple, et que c'est seulement après la chute de la république que les sénatus-consultes comptèrent parmi les sources du droit privé. La vérité est donc que d'une part, les empereurs redoutant l'indocilité et la turbulence des comices, ne les réunirent presque plus (3); que d'autre part, n'osant pas encore exercer bien ouvertement leur pouvoir de trop fraîche date, ils se dissimulèrent derrière le sénat que tout disposait à la plus basse obéissance. En effet, c'est l'empereur qui, exerçant sous le nom de *præfectus moribus* les anciennes fonctions des censeurs (4), compo-

(1) Dans le même sens on pourrait citer un passage de Cicéron (*Topic.*, 5) qui compte les sénatus-consultes parmi les sources du *jus civile*. Je me suis déjà expliqué sur le sens de ce texte (page 22, note 2).

(2) En fait, au début de l'empire, la population se trouvait diminuée par suite des guerres civiles. Au surplus, si le trop grand nombre des citoyens eût été la seule difficulté à réunir les comices, les empereurs, qui ne manquaient pas d'imagination, auraient facilement résolu le problème. Auguste avait permis aux décurions des cités d'envoyer à Rome, pour le jour des comices, leurs votes écrits et cachetés (Suétone, *Octav. Aug.*, 46). Il n'y aurait eu qu'à généraliser ce système de vote dans les localités. Il convient, d'ailleurs, de remarquer que si cette suppression de fait des comices était de nature à provoquer les murmures de l'aristocratie et des citoyens riches, elle ne rencontra pas de résistance dans la masse qui, comme on l'a vu plus haut, n'y exerçait aucune influence sérieuse.

(3) En droit les comices ne furent jamais supprimés. Et c'est pourquoi Gaius (I. § 3) parle de la *lex* et du plébiscite comme de deux sources encore vivantes.

(4) Primitivement le droit de composer le sénat avait appartenu aux rois, puis

sait à son gré ce corps désormais sans dignité (1). C'est lui qui le convoquait, soit directement en sa qualité de consul, préteur ou tribun, soit indirectement par l'intermédiaire de magistrats que lui-même avait désignés, sinon nommés (2). Enfin, comme *princeps senatus*, c'est lui qui exprimait le premier son avis, et cet avis désormais était une loi (3). En résumé donc, la puissance législative du

aux consuls, et quand il y avait lieu, aux tribuns consulaires. Mais une loi Ovinia, dont la date n'est pas certaine, l'attribua aux censeurs (Festus, v° *præteriti*). Cette magistrature avait été crée en l'an 311. Elle ne fonctionnait que tous les cinq ans, et cela pendant dix-huit mois au plus.

(1) Il ne paraît pas que l'empereur fût ici, plus qu'ailleurs, lié par des règles absolues (Tacit., *Ann.*, XI, 23 à 25). Mais on peut croire que par convenance il se conformait le plus ordinairement aux usages des derniers siècles de la république. Or, voici en quoi ils paraissent avoir consisté. L'assemblée du sénat se composait de deux sortes de personnages. Tous avaient exercé une magistrature qui conférait le droit de convoquer le sénat, mais les uns étaient inscrits sur une liste dressée par les censeurs et les autres ne l'étaient pas. Les sénateurs inscrits étaient des magistrats sortis de charge avant la dernière censure; ils étaient rangés selon l'ordre et la dignité de leur ancienne magistrature; en tête venaient donc les *consulares*, puis les autres anciens magistrats curules, et après eux les anciens magistrats d'un ordre inférieur. C'étaient là les véritables sénateurs : ils avaient le droit non-seulement de voter, mais d'exprimer un avis. Du reste ils pouvaient être exclus du sénat par les censeurs suivants, et cette exclusion emportait infamie. Les autres étaient des magistrats sortis de charge depuis la dernière censure; ils conservaient provisoirement le droit que leur fonction leur avait donné d'entrer au sénat; mais ils ne pouvaient que voter; ils n'étaient pas véritablement sénateurs, et si les prochains censeurs ne les inscrivaient pas sur la liste, cette omission n'avait pas la portée d'une exclusion : elle ne les rendait pas infâmes (Tite-Live, XXII, 49; XXIII, 22 et 23. — Cic., *Phil.* XIII, 14. — Tacit., *Ann.*, XI, 22. — Aulu-Gelle, III, 18; XIV, 7 et 8. — Festus, *V^is^ præteriti* et *senatores*). Ces règles paraissent avoir subi sur la fin de la république une modification consistant en ce que tous les anciens magistrats auraient figuré sur la liste du sénat, les censeurs ayant perdu leur droit d'élimination et d'omission (Cic., *De legib.*, III, 12). Je conclus de ces explications que sous l'empire le sénat continua de se recruter principalement, sinon d'une manière exclusive, parmi les anciens magistrats.

(2) César avait inventé le système des candidatures officielles (Suet., *Jul. Cæs.*, 41). Auguste le lui emprunta, et grâce à un certain art de diriger les suffrages, il réussissait presque toujours à faire passer ses candidats (Dion Cassius, LVIII, 2). Tibère y mit moins de façons : il transporta au sénat le droit d'élire les magistrats, et tel est le sens d'un passage de Tacite duquel il ne faudrait pas conclure à la suppression du pouvoir législatif des comices (*Annal.*, I, 15). Néanmoins les comices se réunirent encore quelquefois pour entendre proclamer le nom du candidat élu par le sénat. C'est Dion qui l'atteste, et c'est pourquoi il est encore question de *comitia consularia* même après le changement opéré par Tibère (Tac., *Annal.* I, 81. — Plin. jun., *Paneg.*, 63 et s.).

(3) Sous la république, l'usage des censeurs était de désigner comme *princeps senatus* le plus ancien *vir censorius* (Tite-Live, XXVII, 11). Au reste, dès l'époque de Varron et de Cicéron, l'on avait abandonné l'ancienne tradition qui voulait que nul

sénat ne fut qu'une émanation de celle du prince (1); mais elle ne résulta jamais d'une loi formelle, et ainsi s'explique la controverse rapportée par Gaius.

Régulièrement, tous les magistrats qui ont qualité pour convoquer et présider le sénat, et nous les connaissons déjà (page 18, note 1), peuvent proposer des sénatus-consultes (*referre ad senatum.*) Mais sous l'empire, ils paraissent n'avoir guère usé de ce droit. C'est presque toujours de l'empereur que la proposition émanait, et ordinairement elle était faite *per epistolam.* Cette *epistola* ou *oratio* (exposé des motifs) était lue par des questeurs appelés *candidati principis* (L. 1 § 4, *De off. quæst.*, I, 13.) Et comme le sénat se gardait bien de rejeter la proposition impériale, les jurisconsultes appellent souvent le sénatus-consulte *oratio principis*, et c'est cette *oratio* qu'ils commentent (L. 32, *De donat. int. vir.*, XXIV, 1). Le vote, au moins ordinairement, se faisait *per discessionem*, c'est-à-dire que d'un côté venaient se ranger ceux qui adoptaient le projet, et de l'autre ceux qui le repoussaient (Aul.-Gell., XIV., 7.)

19. *Sixième source :* Édits des magistrats. — Une coutume, qui d'assez bonne heure prit place dans le droit constitutionnel de Rome, voulait qu'avant leur entrée en fonctions tous les grands magistrats publiassent un édit pour exposer quelle serait leur manière d'interpréter et d'appliquer la loi. Un texte de Gaius (IV, § 11) prouve que cet usage n'existait pas encore, du moins en ce qui concerne le droit privé, à l'époque des 12 tables, c'est-à-dire au début du IVe siècle de Rome, et en effet, comme on le verra plus tard (n° 740), les patriciens seuls connaissaient alors les formes de la procédure et ils les cachaient avec soin au public; l'édit des magistrats eût donc été un contre-sens, et si je puis le dire, une trahison, puisque c'est dans le patriciat que toutes les grandes magistratures se recrutaient alors. Fixer la date précise des premiers édits n'est pas possible, mais je les tiens pour postérieurs à la divulgation des *legis actiones* ou formules de la procédure (2), même

ne fût appelé à exprimer son opinion avant le *princeps senatus.* Un *consularis* quelconque pouvait être interrogé le premier (Aulu-Gelle, IV, 10; XIV, 7).

(1) Cette façon de comprendre les sénatus-consultes explique pourquoi je les ai placés après les constitutions impériales, contrairement à l'ordre suivi par Gaius et Justinien.

(2) Cette divulgation eut lieu vers le milieu du Ve siècle de Rome et fut l'œuvre de Cnéius Flavius, petit-fils d'affranchi et secrétaire de cet Appius Claudius Cæcus qui dans sa censure avait révolté l'aristocratie romaine en faisant entrer pour la première fois des petits-fils d'affranchis au sénat et en répartissant la population

à la promulgation de la loi Hortensia (1), et pour antérieurs à la loi Æbutia qui abolit en grande partie le système des *legis actiones* (2). C'est dire que je les place entre les années 467 et 583 (nos 14 et 747), et je les crois plus proches de la première date que de la seconde.

Les édits concernant le droit privé, les seuls dont j'aie à m'occuper ici, sont ceux des préteurs ou des présidents de province, des édiles curules ou des questeurs, et des préfets du prétoire (3). Mais ces édits sont loin de présenter tous une égale importance. Celui du préfet du prétoire n'apparaît, comme cette magistrature elle-même, que sous l'empire, et à l'époque seulement où le préfet du prétoire fut devenu le chef de toutes les hiérarchies administratives. L'autorité en fut consacrée au troisième siècle par Alexandre Sévère (L. 2, C., *De off. præf. præt.*, I, 26). Mais il paraît avoir été une source peu féconde. Quant aux édiles curules, investis de la police générale, de la surveillance des marchés et de la voirie, la nature même de leurs attributions les amena de bonne heure à régler les conditions intrinsèques des ventes d'esclaves, d'animaux et autres objets mobiliers (Dig., XXI, 1) et à prendre des mesures destinées à assurer la liberté et la sécurité de la circulation (Inst., § 1, *Si quadr. paup.*, IV, 9). Mais là se borne, quant au droit privé, l'intérêt de leurs édits, qui ont pour équivalent, dans les provinces administrées par le sénat, celui des questeurs (Gaius, I, § 6). A l'égard des présidents de provinces, leur édit, si nous en jugeons par celui que Cicéron rendit comme proconsul de Cilicie (*Ep. ad Att.*, VI, 1, n° 15), devait se diviser en deux grandes parties : l'une concernant le *jus provinciale*, c'est-à-dire l'application des lois que les Romains avaient trouvées en vigueur dans la province

pauvre dans toutes les tribus. La reconnaissance populaire ne manqua pas à Cnéius Flavius. Il devint tribun du peuple, sénateur et édile curule (L. 2 § 7, *De orig. jur.*, I, 2. — Cic., *Ep. ad Att.*, VI, 1, n° 8. — Tit.-Liv., XI, 46). Une anecdote rapportée par Aulu-Gelle (VI, 9) prouve qu'en revanche la noblesse lui garda une profonde rancune.

(1) Cela résulte du rapprochement de quelques textes de Pomponius (L. 2 §§ 9, 10 et 11, *De orig. jur.*).

(2) Cette antériorité ressort de certains textes de Plaute qui seront indiqués ultérieurement (n° 748).

(3) Parmi les édits qui se rapportent au *jus publicum*, on trouve mentionnés ceux des consuls (Aulu-Gell., III, 18), ceux des censeurs (Tit.-Liv., XXXIX, 44. — Aulu-Gell., XV, 11), ceux des tribuns de la plèbe (Cic., 2e *act. in Verr.*, II, 41). Il y a aussi ceux des *præsides provinciarum* (Cic., *Ep. ad div.*, III, 8). L'ensemble de ces textes prouve qu'ici, comme dans les édits relatifs au droit privé, l'on distinguait des *edicta perpetua* et des *edicta repentina* d'une part, d'autre part, des *edicta translatitia* et des *edicta nova*.

au moment de la conquête et qu'ils avaient laissé subsister; l'autre relative aux rapports des Romains entre eux ou avec les pérégrins. La première seule avait quelque originalité; la seconde était, à peu de chose près, la copie de l'édit des préteurs de Rome (1). Cicéron écrit à Atticus que pour un grand nombre de matières il s'était contenté de renvoyer aux *edicta urbana* et n'avait pas même pris la peine de les transcrire. Restent donc les édits des préteurs. Ceux-là embrassent l'ensemble du droit privé et dominent de beaucoup tous les autres par leur importance et leur originalité. Aussi les textes confondent-ils volontiers ces deux expressions d'une portée cependant bien différente, *droit honoraire* et *droit prétorien*. Le droit honoraire est le genre, le droit prétorien l'espèce. Le droit honoraire comprend l'ensemble des règles introduites par les édits des magistrats, et on l'appelle ainsi parce qu'il émane des personnes *in honore* (§ 7 *sup.*). Le droit prétorien ne comprend de ces règles que la portion établie par les préteurs. Attachons-nous au droit prétorien seulement.

Lorsqu'en l'an 388 les patriciens vaincus par la plèbe lui ouvrirent l'accès du consulat, ils voulurent diminuer l'importance de cette magistrature (2), et pour cela ils confièrent l'administration de la justice à un nouveau magistrat; ce fut le *prætor urbanus*, qui jusqu'à l'an 417, ne put être pris que parmi les patriciens. En l'an 507, l'affluence croissante des pérégrins à Rome amena la création d'un second préteur chargé de diriger les procès entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins : on l'appela *prætor peregrinus* (3). Ces

(1) On appela *edictum provinciale* l'ensemble des dispositions qui se reproduisaient traditionnellement dans tous les édits des *præsides*. Gaius fit de l'*edictum provinciale* un commentaire dont plusieurs fragments figurent au Digeste.

(2) Le consulat ne différa d'abord de la royauté que par deux points. Il était partagé entre deux personnes, au lieu d'appartenir à une seule (Cic., *De rep.*, II, 32; *De legib.*, III, 3. — Tite-Live, II, 1). Presque dès le début ce pouvoir absolu reçut deux limitations : les consuls ne purent, excepté en temps de guerre et comme chefs d'armée, prononcer aucune condamnation capitale *injussu populi*, ni rendre aucune décision dont on ne pût appeler au peuple (*provocare*) (L. 2 § 16, *De orig. jur.*). La *provocatio* fut considérée comme une immense conquête. Cicéron (*De orat.*, II, 48) l'appelle *patrona civitatis et vindex*, et Tite-Live (III, 55) *unicum libertatis præsidium*. La création des *tribuni plebis* avec leur *jus intercedendi* limita encore le pouvoir des consuls, mais toutes ces mesures n'avaient rien ôté à l'étendue des attributions des consuls. C'est par la création de la préture qu'elles furent pour la première fois diminuées, et encore le furent-elles plutôt en fait qu'en droit (n° 731).

(3) Sur la fin de la république, il y avait douze préteurs. Au temps de Pomponius, c'est-à-dire sous Marc-Aurèle, il y en avait dix-huit. Parmi ces nouveaux préteurs, les uns administraient des provinces, d'autres présidaient les commissions appelées *quæstiones perpetuæ*. D'autres enfin, tels que le *prætor fideicommissarius*

deux préteurs, avant leur entrée en charge, rendaient un édit; mais il est évident que celui du préteur pérégrin ne comprenait pas les matières appartenant au *jus civile*, tandis que l'édit du préteur urbain embrassait et le droit civil et le droit des gens, applicables tous les deux dans les rapports des citoyens entre eux. Aussi, ce dernier édit étant de beaucoup le plus important des deux, c'est celui que commentent de préférence les jurisconsultes, et c'est celui auquel on se réfère plus spécialement quand on parle du droit prétorien.

L'édit du magistrat devenait applicable du jour de son entrée en fonctions, et ne perdait sa force qu'à l'expiration de ces fonctions, c'est-à-dire au bout d'un an. Et voilà pourquoi on l'appelait *edictum perpetuum*, expression dont nous faussons le sens par une traduction grossièrement littérale (1). Pour éviter les décisions inspirées par la complaisance ou par la haine, une loi Cornélia, mentionnée par Asconius, scoliaste de Cicéron (sur le *pro Balbo*), défendit aux magistrats de modifier leur édit après leur entrée en fonctions, ni de rendre aucune décision qui y fût contraire (2). A cet *edictum perpetuum* proposé pour un an et qui présente un caractère de généralité, on oppose les *edicta repentina*, édits publiés par le préteur à propos d'une circonstance survenue dans le cours de ses fonctions et non prévue dans l'*edictum perpetuum*. L'antithèse résulte très-nettement d'un texte d'Ulpien (L. 7 pr., *De jurisd.*, II, 1).

Les *edicta perpetua* se succédaient d'année en année (3); mais un

et le *prætor tutelaris*, que nous retrouverons plus loin, avaient des fonctions judiciaires tout à fait spéciales (L. 2 § 32, *De orig. jur.*, I, 2). Au surplus, c'est le sort qui assignait à chaque préteur sa destination (Tit.-Liv., XXII, 35; XXXIX, 8). Les comices, et plus tard le sénat, se bornaient à nommer un nombre déterminé de préteurs.

(1) *Perpetuus* signifie non interrompu, et non pas perpétuel. De là deux sens dérivés : 1° il s'emploie pour dire *entier*. Ainsi nous lisons dans Virgile (*Æneid.*, VIII, 182 et s.) :

> Vescitur Æneas simul et Trojana juventus
> *Perpetui* tergo bovis et lustralibus extis;

2° il signifie *absolu, sans exception* (Inst., pr., *De satisd. tut.*, I, 24).

(2) Les magistrats romains, quand c'était un Verrès ou un de ses trop nombreux pareils, ne se gênaient guère pour violer ces règles (Cic., 2ᵉ *Act. contr. Verr.*, I, 42, 45, 46). Cicéron, au contraire, se montre fort préoccupé de les observer (*Epist. ad Att.*, V, 21, n° 11).

(3) Sous l'empire, la durée des fonctions des *præsides*, du moins dans les provinces directement administrées par l'empereur, n'eut plus de limite fixe. Tibère les maintint souvent jusqu'à leur mort (Tacit., *Annal.*, I, 80). D'où la conséquence que les édits de ces magistrats ne perdirent plus nécessairement leur autorité au bout d'un an. Quant aux préteurs romains, rien ne fut changé.

préteur nouveau empruntait volontiers aux édits de ses prédécesseurs tout ce qui lui paraissait rationnel, conforme aux besoins actuels et généralement accepté. A la longue une tradition se forma donc ; et il y eut toute une série de dispositions que l'on vit se reproduire invariablement d'édit en édit. Ce sont ces dispositions qui finirent par constituer le droit prétorien : on les appela *edicta translatitia*, par opposition aux *edicta nova* (1) ou dispositions qui apparaissaient pour la première fois dans un édit.

20. Restent deux questions dont la solution ne ressort pas des explications qui précèdent : 1° d'abord, comment expliquer la participation du préteur au pouvoir législatif? 2° puis, pourquoi et à partir de quelle époque faut-il compter l'édit parmi les sources du *jus scriptum?*

Première question. — Papinien, dans un texte célèbre, écrit à une époque où le droit prétorien avait achevé son évolution, le définit celui que les préteurs ont introduit pour seconder, compléter et corriger le droit civil en vue de l'intérêt général (L. 7 § 1, *De just. et jur.*, I, 1). En parlant ainsi, le jurisconsulte exprime très-exactement le triple résultat de l'œuvre des préteurs, et il ne s'agit pas ici d'en contester l'excellence. Mais la nature même de cette œuvre est telle que l'on se demande si ces magistrats ont pu l'accomplir sans dépasser et même méconnaître le véritable esprit de leur institution. Et en effet, que le préteur vienne en aide au droit civil, c'est-à-dire en assure l'application, rien de plus naturel, car la mission des magistrats consiste partout à faire observer les lois. Mais qu'il le complète, c'est-à-dire se permette de créer des règles nouvelles et de faire en quelque sorte, concurrence à un pouvoir législatif régulier, tout d'abord cela étonne (2). Qu'il aille jusqu'à corriger les lois ou, pour parler net, jusqu'à les contredire et les mettre de côté, cela paraît incroyable ; car nulle part on n'institue des magistrats pour violer le droit établi, et ce n'est pas à Rome, cette terre classique de l'ordre et de la disci-

(1) Dans ces expressions *edicta nova* ou *translatitia*, le mot *edictum* ne signifie plus un édit envisagé dans son ensemble, mais une simple disposition de l'édit. Ce sens se rencontre fréquemment dans les textes (L. 1 pr., *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6. — L. 1 pr., *De pec. const.*, XIII, 5).

(2) Le rôle du préteur ressemble fort ici à celui que la jurisprudence joue chez nous. Car il faut bien que les procès reçoivent une solution, alors même que la question litigieuse est restée en dehors des prévisions de la loi. Ce n'est donc pas l'intervention du préteur qui peut étonner ici, c'est le procédé qu'il emploie : au lieu d'attendre que les difficultés surgissent en fait et de les trancher par une décision restreinte à l'espèce, il s'applique à les prévoir d'avance et à les résoudre par une règle générale. (Voir page 49, note 2.)

pline, qu'un tel principe dut être méconnu. La question est donc celle-ci : le préteur, en complétant et surtout en corrigeant le droit civil, a-t-il commis une usurpation? L'embarras qu'éprouvent ici la plupart des interprètes, l'insuffisance et le peu de logique de leurs explications tiennent, selon moi, à ce que l'on juge trop souvent du caractère des magistratures romaines d'après des idées modernes. La vérité est qu'à Rome tous les grands magistrats, tous ceux qui possèdent ce que l'on appelle l'*imperium*, ont par cela même, dans la sphère de leurs attributions, des pouvoirs égaux à ceux du peuple, dont ils sont les délégués. La même souveraineté leur appartient, et ils l'exercent d'une façon absolue : le mot *imperium* ne signifie pas autre chose que cela. Toutefois cette souveraineté, à la différence de celle du peuple, dont elle n'est qu'une émanation, est limitée et contenue par les trois règles suivantes : 1° les pouvoirs des magistrats expirent au bout d'un an ; 2° leurs décisions peuvent toujours être paralysées et annulées par l'*intercessio*, c'est-à-dire par l'opposition d'un autre magistrat égal ou supérieur, et dans tous les cas par celle d'un *tribunus plebis* (*Cic.*, 2e *act. in Verr.*, I, 42 ; *Contr. Rull.*, II, 12, — n° 778) ; 3° une fois sortis de charge, ils peuvent être mis en accusation, et des exemples célèbres prouvent que cette responsabilité n'est pas purement théorique (1).

Appliquons ces idées au préteur. Puisque ses attributions consistent principalement à administrer la justice, ou, comme parlent les Romains, à déclarer le droit (*jus dicere*), c'est qu'il est vraiment investi, sous la triple réserve qui vient d'être indiquée, de la puissance législative du peuple. Cela étant, il ne méconnaît point son devoir, il est au contraire en plein dans son rôle soit que, rencontrant une lacune dans la loi, il la comble par une règle nouvelle, soit que, trouvant les résultats du droit positif en opposition avec le droit naturel, il les réforme au profit de l'équité (2). Ce n'est donc pas seulement un lieu commun,

(1) A ces trois règles il faut en ajouter une quatrième, beaucoup moins importante sans doute, mais qui tend également à maintenir les magistrats dans la modération. Toutes les décisions nouvelles qu'ils ont rendues comme magistrats, soit dans leur édit, soit hors de leur édit, font loi à leur égard et peuvent leur être opposées plus tard. Par exemple, ont-ils dans telles circonstances refusé une action : si dans des circonstances semblables ils demandent eux-mêmes l'action qu'ils ont refusée, ils ne l'obtiendront pas. C'est ce que décidait l'édit prétorien (L. 1 § 1, *Quod quisq. jur. in alt.*, II, 2).

(2) Pourquoi le préteur, soit qu'il se propose de compléter ou de contrarier le droit civil, annonce-t-il d'avance ses innovations? Pourquoi, en un mot, un édit général, et non pas simplement des décisions spéciales rendues au fur et à mesure

c'est une idée fausse que de présenter les progrès réalisés par le droit prétorien comme le produit heureux d'une longue illégalité et d'une usurpation sur le pouvoir législatif. Une telle usurpation se conçoit passagère et accidentelle ; mais qu'elle se continue et se développe régulièrement pendant plusieurs siècles, et cela sans provoquer ni les colères du peuple, ni l'opposition des autres magistrats, ni même la critique ou du moins les observations de quelque historien, n'est-ce pas là un fait en quelque sorte impossible? M'objectera-t-on que Marcien (L. 8, *De just. et jur.*) définit le droit honoraire la voix vivante du droit civil (*viva vox juris civilis*), et que plus de deux siècles avant lui Cicéron (*De legib.*, III, 1 et 3), proclamant que la loi commande au magistrat comme le magistrat au peuple, posait cette règle : *prætor custos juris civilis esto?* L'objection ne me touche guère. Ni Cicéron ni Marcien ne se proposent de circonscrire la mission du préteur : l'un lui trace la direction générale qu'il doit suivre, l'autre constate qu'il l'a suivie. Comme l'indique excellemment le texte de Papinien, ce pouvoir de compléter et de corriger la loi prend son principe et trouve par conséquent sa limite dans l'intérêt public. La première et principale mission du préteur, comme celle des comices populaires eux-mêmes, consistera donc à maintenir et à faire fonctionner les institutions établies ; et ses innovations devront toujours s'inspirer de cet esprit de mesure et de conservation sans lequel on ne fonde rien qui dure (1). S'il ajoute à la loi, ce sera surtout pour développer dans un sens équitable et pratique des principes posés d'une manière trop étroite ; s'il la corrige, ce sera seulement dans quelques résultats qui froissent l'équité, ce ne sera jamais en en heurtant de front les principes essentiels (2). Le préteur ne sera donc pas plus l'adversaire systématique du droit civil que les divers pouvoirs qui concourent à la formation de ce droit ne sont ennemis les uns des autres. Tous se re-

que les faits les exigent? Il est bien facile de répondre que la bonne administration et l'indépendance de la justice supposent des règles générales, posées d'avance, connues de tout le monde et que celui qui les applique ne puisse changer. Le préteur, en agissant ainsi, et en s'enchaînant lui-même, donne donc une garantie contre son propre arbitraire (L. 2 § 10, *De orig. jur.*). Mais ce procédé même est celui d'un législateur et non d'un juge.

(1) Voilà pourquoi Varron (*De ling. lat.*, V, 71) dit : *ius prætorium ad legem existimabatur.*

(2) Jusque dans ses innovations les plus radicales et qui paraissent les plus contraires au droit civil, le préteur accuse son respect de la loi. L'édit relatif à l'*in integrum restitutio* en fournit la preuve (L. 1 § 1, *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6). On peut voir aussi l'édit relatif aux pactes (L. 7 § 7, *De pact.*, II, 14).

joignent harmonieusement en un même esprit, esprit de conservation dans l'ensemble et de perfectionnement dans le détail. En résumé, la définition de Papinien n'est pas seulement l'expression d'un fait historique; elle exprime aussi dans toute sa vérité la mission légale du préteur. Ce magistrat, en même temps qu'il est l'exécuteur du droit civil, est un des organes réguliers du pouvoir législatif. C'est la constitution elle-même qui le charge de faire entendre la voix de l'équité (1).

Seconde question. — Régulièrement, l'autorité de l'édit expirait au bout de l'année, avec les fonctions mêmes du magistrat qui l'avait rendu. Par elles-mêmes, les dispositions prétoriennes ne faisaient donc point partie intégrante de la législation romaine; comme le dit très-exactement Cicéron (2e *act. in Verr.*, I, 42), ceux mêmes qui leur donnaient le plus d'autorité n'y voyaient qu'une loi annale (*Lex annua*); et les additions ou modifications qu'elles apportaient au droit civil pouvaient disparaître l'année suivante, si le nouveau préteur ne jugeait pas à propos de les maintenir. Cependant, quand elles se reproduisaient d'édit en édit, et tel devait être le fait ordinaire, elles finissaient nécessairement par déterminer la formation d'une coutume. C'est à ce titre seulement qu'elles pouvaient entrer d'une manière définitive dans la législation Jusqu'à présent donc, l'édit des magistrats, si l'on veut que ce soit une source du droit, ne nous apparaît pas du moins comme une source spéciale et immédiate. Ce n'est, comme le constate fort bien Cicéron (*De inv.*, II, 22), que l'un des courants qui alimentent la coutume, et assurément le plus important de tous.

(1) Dans l'opinion qui ne reconnaît pas au préteur un véritable pouvoir législatif, on a quelquefois essayé d'expliquer ainsi la formation du droit prétorien : Le *prætor peregrinus*, dit-on, ne pouvait pas appliquer le *jus civile* dans les rapports des pérégrins entre eux ou avec les Romains; il fut donc forcé d'introduire des règles spéciales, et comme ces règles étaient plus larges et plus humaines que celles du *jus civile*, elles durent à la longue réagir sur la jurisprudence du *prætor urbanus*. Cette réaction, ajoute-t-on, dut être facilitée par l'usage où étaient les magistrats romains de se suppléer au besoin les uns les autres (Cic., *Epist. ad div.*, X, 12. — Dion Cassius, LIII, 2). Notamment le préteur urbain remplaçant le préteur pérégrin fut amené à lui faire des emprunts. Cette explication peut être ingénieuse, elle n'est pas sérieuse. D'abord elle reconnaît véritablement le pouvoir législatif au préteur pérégrin, et alors pourquoi le contester au préteur urbain? Puis comment comprendre les prétendus emprunts de ce dernier? Sans doute il appliquait et devait appliquer l'édit de son collègue dans les cas exceptionnels où il le remplaçait? Mais ces règles, si excellentes qu'il les jugeât, pouvait-il les transporter dans son propre édit? Bien évidemment non, puisque les magistrats en fonctions ne sont plus admis à modifier les dispositions qu'ils ont une fois proposées.

Dans mon opinion, c'est seulement à compter du règne d'Adrien que les dispositions prétoriennes deviennent directement source du droit et méritent la qualification de *jus scriptum*. A cette époque le jurisconsulte Julien composa un travail bien connu sous le nom de *edictum perpetuum*, mais dont le caractère et la portée font l'objet de beaucoup de controverses. Voici, en partant des données fournies par Justinien (L. 2 § 18, C., *De vet. jur. enucl.*, I, 17.—L. *Dedit nobis Deus*, § 18, *De confirm. Dig.*), et que rien ne contredit, les conclusions auxquelles je m'arrête : le travail de Julien ne fut ni une œuvre spontanée, ni une œuvre purement doctrinale, sans autre autorité que celle qu'elle aurait empruntée au nom et au crédit de son auteur. Adrien, considérant sans doute que le mouvement de réaction des préteurs contre le droit civil était à peu près consommé et que les édits successifs de ces magistrats ne différaient plus guère que par la forme, voulut faire entrer définitivement dans le droit romain les résultats acquis par eux. En conséquence, il chargea Julien, le plus éminent représentant de la science juridique à cette époque, d'extraire des différents édits et de condenser en un abrégé (ἐν βραχεῖ βιβλίῳ, dit Justinien,) les dispositions prétoriennes que la pratique avait consacrées ou qui lui paraîtraient rationnelles. Le travail de Julien terminé, un sénatus-consulte le sanctionna et lui donna force de loi. Il n'y avait jusque-là qu'une jurisprudence prétorienne, il y eut dès lors un droit prétorien, véritable droit écrit, car il avait été l'objet d'une promulgation régulière (1). Faut-il conclure de ce qui précède que les préteurs perdirent désormais le *jus edicendi*? Cette conclusion serait démentie par Gaius (I, § 6) qui, postérieurement à Adrien, présente ce *jus edicendi* comme une institution encore vivante. Sans doute, les magistrats ne purent plus méconnaître les dispositions écrites dans l'édit de Julien (L. *Dedit nobis Deus*, § 18 *in fine*). Mais ils conservèrent, avec le droit d'en changer la rédaction, le droit de formuler des dispositions nouvelles sur les points que ne prévoyait pas le texte de Julien. Là se borna désormais le *jus edicendi* (2). On comprend maintenant pourquoi Justinien

(1) Le titre de l'ouvrage de Julien s'explique, selon moi, par son objet. Il résumait les *edicta perpetua*, il s'appela donc *edictum perpetuum*. Mais, comme il recevait force de loi définitive, on comprend que peu à peu l'expression *edictum perpetuum*, déviant de son sens originaire, aît revêtu la signification nouvelle d'*édit perpétuel*, très-conforme en fait à la portée véritable du travail de Julien. Mais, pour prouver que ce travail reçut force de loi, il faut se garder d'argumenter de son titre : ce serait commettre un faux sens sur le mot *perpetuum*.

(2) Cette manière de comprendre le travail de Julien a, ce me semble, le mérite

appelle Julien *prætoriani edicti ordinator* (L.10, C., *De cond. ind.*, IV, 5); pourquoi Eutrope dit de lui : *Perpetuum edictum composuit* (*Brev. hist. Rom.*, VIII, 17), et Sextus Aurélius Victor : *Edictum in ordinem composuit, quod varie inconditeque a prætoribus promebatur* (*De Cæsar. Rom.*, 19) (1); pourquoi enfin, chose plus significative, il fallut désormais un acte législatif pour déroger à l'édit prétorien, qui, consacré par une source du droit civil, était lui-même entré dans le droit civil (Gaius, II, §§ 120 et 126; III, § 52. — L. 12 pr., *De injust., rupt.*, XXVIII, 3) (2).

de rendre compte à la fois et du texte de Gaius et des affirmations de Justinien. Cependant nombre d'interprètes, admettant que le jurisconsulte et l'empereur ont l'air de se contredire l'un l'autre, se sont évertués à chercher une conciliation; et de là, sur la nature de l'*edictum perpetuum* de Julien, plusieurs autres opinions dont voici les principales : 1° l'œuvre de ce jurisconsulte n'aurait rien d'officiel. Ce serait simplement, et sous un autre nom, ses *Digesta*, ouvrage auquel Justinien a fait de nombreux emprunts pour son propre Digeste. Cette opinion a le tort très-grave de négliger complétement les assertions si positives de Justinien, assertions conformes pourtant à un texte qui, relatant une disposition nouvelle introduite par Julien dans l'édit, la présente comme ayant été par cela même immédiatement obligatoire (L. 3, *De conj. cum. emanc.*, XXXVII, 8). En outre, elle suppose que les *Digesta* de Julien n'auraient été autre chose qu'un commentaire de l'édit; or c'est là plus qu'une hypothèse hasardée, c'est une erreur. Julien avait en effet composé un commentaire sur l'édit, mais c'était une œuvre tout à fait distincte de ses *Digesta* et qui portait le titre ordinaire de ce genre de commentaires (L. 1, *De his qui not. inf.*, III, 2); 2° il s'agirait de l'édit rendu par Julien dans sa préture. Ce travail, à raison de son mérite, aurait été approuvé et sanctionné par un sénatus-consulte, et le *jus edicendi* supprimé. Il est bien vrai que Julien fut préteur, c'est lui-même qui nous l'apprend (L. 4, *De manumiss. vind.*, XL, 2). Mais que l'édit qu'il rendit en cette qualité soit celui dont parle Justinien, c'est une simple hypothèse; que la promulgation de cet édit ait eu pour conséquence la pleine suppression du *jus edicendi*, c'est une erreur qui ne résiste pas au texte de Gaius (I, § 6); 3° on reconnaît que le travail de Julien présentait bien un caractère officiel; mais on ajoute qu'en droit les préteurs conservèrent intact leur *jus edicendi*. Seulement, par respect pour l'autorité de Julien et pour la supériorité de son œuvre, ils n'auraient plus osé y faire que des changements insignifiants portant surtout sur la rédaction. En supposant cette opinion exacte, on se demande vraiment quelle aurait pu être l'utilité du sénatus-consulte mentionné par Justinien. Puis, pourquoi supposer chez tous les préteurs qui suivirent Julien une docilité d'esprit si voisine de la routine et de l'impuissance? Précisément à cause de son grand nom, les autres jurisconsultes n'hésitent pas à critiquer ses doctrines, lorsqu'elles leur paraissent erronées (L. 7 § 2, *De pact.*, II, 14. — L. 9 § 8, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 11, § 18, *De act. empt.*, XIX, 1). Pourquoi donc les préteurs se seraient-ils montrés moins indépendants?

(1) Toutes ces expressions reviennent à dire que Julien coordonna les dispositions prétoriennes et leur donna une formule définitive. Déjà une tentative de coordination avait été faite, mais sans aucun caractère officiel, et bien avant la pleine maturité du droit prétorien, par le jurisconsulte Aulus Ofilius, ami de César (L. 2 § 44, *De orig. jur.*, I, 2).

(2) Il est généralement admis que le travail de Julien ne porta ni sur l'édit du préteur pérégrin, ni sur l'édit provincial.

21. *Septième source :* Réponses des prudents. — De fort bonne heure, à Rome, les jurisconsultes furent environnés d'une considération exceptionnelle (1), et la science du droit jouit d'une popularité sans bornes. Ce fait, qu'on n'expliquerait suffisamment ni par l'esprit processif du peuple romain, ni par une sorte de prédisposition naturelle aux études juridiques, paraîtra assez simple, si l'on se rend bien compte des quatre points suivants : 1° le barreau étant, sous la république romaine, la voie la plus sûre, la voie ouverte à tous pour arriver aux honneurs, quiconque se sentait quelque talent de parole cherchait à s'y distinguer pour se désigner aux suffrages du peuple. De là la nécessité d'une certaine culture juridique (2); 2° les grandes magistratures étaient accessibles à tous, et dès leur jeunesse les citoyens de quelque distinction s'y préparaient. Le consulat les tentait particulièrement. Mais, pour arriver au consulat, il fallait passer par la préture. D'autre part, les gouvernements de province, source équivoque d'un enrichissement très-convoité, attendaient à l'expiration de leurs fonctions les consuls, les préteurs et d'autres magistrats encore. Or, préteurs et gouverneurs de provinces, les uns et les autres avaient besoin d'une connaissance particulière du droit pour rédiger soit leur édit, soit les formules d'actions; 3° comme les Romains n'avaient pas érigé la fonction de juge en profession permanente, il n'y avait pas de citoyen

(1) Les témoignages de cette considération éclatent partout. Ainsi une maison située sur la voie Sacrée fut achetée aux frais du trésor à Scipion Nasica, afin qu'habitant le quartier le plus fréquenté de Rome, il fût plus rapproché de la masse des consultants (L. 2 § 37, *De orig. jur.*, I, 2). Cicéron nous apprend que l'on consultait les prudents même sur des affaires non litigieuses, telles que le mariage d'une fille ou l'achat d'un fonds (*De orat.*, III, 33). Aussi appelle-t-il la maison du jurisconsulte l'oracle de la cité (*De orat.*, I, 45).

(2) Cicéron n'admettait pas que la véritable éloquence judiciaire pût se passer d'une connaissance approfondie du droit, et il flagelle durement les avocats qui osent se présenter au Forum sans posséder même les éléments de cette science (*De orat.*, I, 38 et 40). Il est vrai que dans le plaidoyer *pro Murena* (11 et 12) il se moque des jurisconsultes et de la procédure. Mais on a eu tort de conclure de là qu'il méprisât le droit et ne pût souffrir les jurisconsultes. Muréna était accusé par le jurisconsulte Servius Sulpicius et par le stoïcien Caton. Cicéron, en avocat habile et trop peu scrupuleux sur les moyens, voulant détruire la force que ces deux noms donnaient à l'accusation, raille la jurisprudence et le stoïcisme. Mais il ne les prend que dans leurs petits côtés et dans leurs abus. C'est dans ses traités sur la philosophie et sur l'art oratoire qu'il faut chercher sa véritable pensée. Là il n'hésite pas à placer la science du droit immédiatement après l'éloquence (*Orator*, 41), et lui-même, s'il faut l'en croire, aurait volontiers affecté les loisirs de sa vieillesse à donner des consultations (*De legib.*, I, 3 et 4). Mais la cruauté des triumvirs ne lui laissa pas les années sur lesquelles il avait compté.

qui ne pût être appelé, et cela plusieurs fois en sa vie, à juger des procès. Or comment s'acquitter de cette tâche sans quelques notions de droit? 4° enfin les Romains ne connaissaient pas le système représentatif. Donc tous les citoyens, même ceux que leur ignorance ou les nécessités de la vie matérielle excluaient du barreau et des honneurs politiques, figuraient dans les comices et jouaient le rôle délicat de législateurs, ce qui exigeait une certaine teinture du droit. De tout cela il suit que, si la science juridique fut jamais nécessaire quelque part, ce fut assurément chez les Romains, et de là l'immense autorité morale de ceux qui la possédaient d'une manière spéciale.

22 *a*. Veut-on savoir à présent par quels procédés s'exerçait l'influence des jurisconsultes? Les procédés directs étaient les suivants : 1° les *consultations* (*responsa*) données soit à des plaideurs, soit à des juges, ou même à des magistrats (L. 2, *De pact. dot.*, XXIII, 4) (1). — Sous la république, ces consultations se donnaient ou de vive voix en présence de témoins, ou par simple lettre adressée au consultant. Sous l'empire, les jurisconsultes les délivraient écrites et revêtues de leur sceau (L. 2 § 47, *De orig. jur.*, I, 2); 2° l'*enseignement*. — C'est un plébéien, Tibérius Coruncanius (2), qui le premier, vers le milieu du ve siècle, enseigna publiquement le droit (L. 2 § 35, *De orig. jur.*). Nul besoin d'ajouter que ce genre d'enseignement, pas plus que les autres, ne reçut jamais sous la république une organisation officielle. On n'avait pas encore conçu l'idée étrange de donner la parole à quelques-uns pour l'ôter à tous les autres; 3° les *livres*. — C'est vers le commencement du vi^e^ siècle que l'exemple fut donné par Sextus Élius (L. 2 § 38, *De orig. jur.*). Au siècle d'Auguste, il y avait déjà un grand nombre d'ouvrages de droit. Labéon à lui seul, si nous en croyons Pomponius (L. 2 § 47, *De orig. jur.*), laissa plus de quatre cents volumes (3).

L'influence des jurisconsultes s'exerçait encore très-efficacement par une voie indirecte. Les magistrats romains avaient l'habitude de s'entourer d'un conseil (*consilium* ou *auditorium*) dont les membres

(1) Les jurisconsultes étaient aussi dans l'usage de se consulter les uns les autres (L. 7 § 2, *De pact.*, II, 14. — L. 19 § 2, *Loc.*, XIX, 2. — L. 3 pr., *Quæ res pign.*, XX, 3. — L. 29 § 1, *De statul.*, XL, 7. — L. 52 § 20, *De furt.*, XLVII, 2).

(2) Ce personnage fut le premier de sa caste qui parvint à la dignité de grand pontife.

(3) Ce chiffre, s'il est exact, n'a rien d'absolument étonnant pour qui songe que *volumen* désigne simplement un rouleau de papier ou de parchemin, et que les livres de droit des anciens paraissent avoir été beaucoup plus brefs que les nôtres.

s'appelaient *assessores* ou *comites* (Tit.-Liv., XXXVIII, 60. — Cic., 2a *Act. in. Verr.*, I, 29; II, 29; V, 21). Simple usage d'abord, ce conseil devint sous l'empire une institution régulière (D., *De off. assess.*, I, 22. — C., *De assess.*, I, 51); et Lampridius (*Alex. Sev.*, 46) rapporte qu'à partir d'Alexandre Sévère il fut rétribué aux frais du trésor. Le préfet du prétoire (L. 40, *De reb. cred.*, XII, 1) et l'empereur lui-même eurent leur conseil plus spécialement appelé *auditorium*. Ces divers conseils, destinés à préparer les édits, les formules d'actions, les constitutions impériales, se composaient évidemment de personnages versés dans la connaissance du droit (L. 30 pr., *De excus.*, XXVII, 1); de sorte que sous le nom et la responsabilité du magistrat ou de l'empereur, c'était presque toujours en réalité la pensée des jurisconsultes qui pénétrait dans les décisions judiciaires et dans les actes législatifs (1).

23. Jusqu'au règne d'Auguste, il n'y eut entre les jurisconsultes d'autres distinctions que celles qui pouvaient résulter du talent, du savoir et du succès. Mais Auguste, sous prétexte de grandir leur autorité, au fond pour assouplir les caractères et développer une certaine émulation de bassesse, comme c'est l'effet ordinaire des distinctions arbitrairement décernées par le pouvoir, imagina de conférer à certains jurisconsultes le *jus respondendi publice*, c'est-à-dire le droit de donner des consultations au nom du peuple, et il ne faut pas oublier qu'à cette époque le peuple se personnifie dans l'empereur (L. 2 § 47, *De orig. jur.*, I, 2). Il y eut donc désormais des jurisconsultes officiels, diplômés par le prince. Et de là deux questions qui partagent les interprètes : 1° les jurisconsultes non investis du *jus respondendi publice* perdirent-ils le droit de donner des consultations? 2° les consultations des jurisconsultes officiels eurent-elles force de loi? Sur l'une et sur l'autre question je réponds négativement.

Et d'abord, que les jurisconsultes non diplômés eussent conservé le droit de donner des consultations, c'est ce que prouve une analyse attentive du texte précité. Il en ressort que, si la création du *jus respondendi publice* appartient à Auguste, ce prince ne l'accorda pourtant qu'à Masurius Sabinus (2), et que Tibère le premier pratiqua un peu

(1) Un texte du Digeste prouve que Trajan consultait Neratius et Ariston (L. 5, *Si a par. quis*, XXXVII, 12). Dans le conseil d'Adrien figuraient Juventius Celsus, Julien et Neratius (Spartian., *Adr. Cæs.*, 18); dans celui d'Antonin le Pieux, Marcellus et Mæcianus (Jul. Capit., *Ant. Pius*, 12). Alexandre Sévère ne rendit aucune constitution sans avoir pris l'avis de vingt jurisconsultes, et son conseil comptait des hommes comme Ulpien et Paul (Lamprid., *Alex. Sev.*, 16 et 68).

(2) Sur ce point, il y a de l'obscurité dans la loi 2 § 47, *De origine juris*. Elle semble

largement cette concession. Or, à qui persuadera-t-on sérieusement qu'Auguste ait entendu fermer la bouche à tous les jurisconsultes, excepté à un seul? Ce n'est donc pas un monopole qu'il créa : il voulut simplement privilégier certains jurisconsultes (1). Je dis, en outre, que les réponses de ces privilégiés n'eurent par elles-mêmes, au début, aucune force obligatoire (2). S'il en eût été autrement, Gaius n'aurait pas manqué de relever un fait d'une si grande importance, tandis que c'est à Adrien seulement qu'il fait remonter l'autorité des *responsa* (I, § 7). En résumé, sous la république et encore dans les premiers temps de l'empire, les réponses des prudents jouissent assurément d'une haute influence morale. Elles agissent puissamment sur la formation de la coutume, et les règles nombreuses dont elles déterminent ainsi l'admission sont classées à part sous le nom significatif de *jus civile* ou droit créé par les citoyens (L. 2 §§ 5 et 12, *De orig. jur.*, I, 2). Mais elles ne comptent ni comme source du droit écrit, ni même comme source spéciale et directe du droit. A ce point de vue donc, il y a pleine analogie entre le développement des *responsa prudentium* et celui de la législation prétorienne.

Selon moi, c'est seulement sous Adrien que les *responsa*, comme l'édit, prennent rang parmi les sources du *jus scriptum*. Je tiens pour certain, d'abord, que ce prince, quoi qu'on en ait dit, ne supprima pas l'innovation d'Auguste (3). Tout au contraire, il voulut la com-

bien dire d'abord que Sabinus tint son privilége d'Auguste. Plus loin elle exprime que c'est Tibère qui le lui accorda. Probablement, Tibère ne fit que renouveler la concession de son prédécesseur. Si l'on rejette cette manière de voir, il faut admettre qu'Auguste n'aurait donné à personne ce *jus respondendi publice*, et alors mon argument devient encore plus fort.

(1) Deux faits confirment cette opinion : 1° Ulpien rapporte que Nerva fils s'essaya dès l'âge de dix-sept ans à donner des consultations (L. 1 § 3, *De postul.*, III, 1). Est-il croyable que, si jeune, il eût obtenu le *jus respondendi publice?* Dans ce texte, *publice* signifie donc publiquement, et non pas au nom du peuple ; 2° d'après Suétone (*Calig.*, 34), Caligula conçut un jour le ridicule projet de se réserver à lui seul le droit de donner des consultations. Si ce droit n'avait pas appartenu régulièrement à tout le monde, le fantasque empereur eût pu se satisfaire en ne l'accordant plus à personne et en retirant les concessions déjà faites.

(2) En sens contraire, on allègue une lettre de Sénèque (94, n° 28) où il est dit que les réponses des jurisconsultes, bien que non motivées, *valent*. Mais *valent* ne signifie pas *vicem leges obtinent*. Il faut traduire : *ont leur autorité*, ce qui laisse entière la question de savoir s'il s'agit d'une autorité morale ou légale.

(3) J'appuie cette manière de voir sur une considération logique. Adrien donne aux jurisconsultes, quand ils s'entendent tous, le droit de faire la loi : il faut donc que les personnes auxquelles ce titre s'applique soient désignées ; ou bien, chacun pouvant se qualifier jurisconsulte, comment s'y prendrait le juge pour vérifier

pléter en faisant du *jus respondendi publice* quelque chose de plus qu'un honneur. Probablement, la pratique s'était habituée à respecter presque à l'égal des lois les décisions des jurisconsultes officiels, et de là des difficultés en cas de divergence entre eux. Adrien décida donc que désormais, lorsqu'ils seraient unanimes, ou pour mieux dire lorsqu'il n'y aurait pas de contradiction entre eux, leurs réponses auraient force de loi et lieraient le juge (Gaius, I, § 7) (1). C'est grâce à cette consécration législative que ces réponses, comme les édits des magistrats, devinrent elles-mêmes une source du droit. Et par *responsa* il faut entendre ici non-seulement les réponses proprement dites, les consultations, mais aussi les décisions émises spontanément dans un ouvrage doctrinal (*sententiæ et opiniones,* dit Gaius). (2) Depuis le rescrit d'Adrien, on put dire des jurisconsultes investis du *jus respondendi publice* qu'ils étaient *juris auctores* (L. 32 pr., *De usur.*, XXII, 1. — L. 1 § 5, C., *De vet. jur. enucl.*, I, 17), ou, comme parle Gaius (I, § 7), qu'ils avaient la *permissio jura condendi*. On s'explique ainsi que les Institutes (§ 8 *sup.*) confondent ces deux choses devenues réellement identiques depuis quatre siècles; et s'il y a quelque chose à reprocher au texte tant critiqué de Justinien, c'est uniquement de n'avoir pas

l'unanimité des opinions? Ceux qui admettent la suppression du *jus respondendi publice* par Adrien se fondent sur la loi 2 § 47, *De origine juris*. D'anciens préteurs, dit Pomponius, demandaient à Adrien *ut sibi liceret respondere*. L'empereur leur répond *hoc non peti, sed præstari solere; ideoque si quis fiduciam sui haberet, delectari si populo ad respondendum se præpararet*. Si, au lieu d'isoler ainsi la réponse d'Adrien, on jette les yeux sur ce qui précède *et ideo optimus*, etc., on reconnaîtra facilement que cette réponse est présentée comme conséquente à l'innovation d'Auguste. Elle ne l'abroge donc pas. La pensée d'Adrien est plutôt celle-ci : le *jus respondendi publice* n'est pas un droit que personne puisse réclamer comme sien (*petere*), mais une concession toute gracieuse du prince. Or, dans l'espèce, il la refuse. Libre aux *viri prætorii* de donner des consultations sous leur propre responsabilité, mais ils n'en donneront pas au nom de l'empereur. Au surplus, un passage de Spartien (*Adrian. Cæs.*, 18) où, il est dit que l'empereur Adrien s'entoura des jurisconsultes Celsus, Julien, Nératius et autres, *quos tamen omnis senatus probasset*, permet de conjecturer que ce prince n'accorda plus le *jus respondendi publice* sans l'assentiment préalable du sénat.

(1) Je suis très-porté à conjecturer que du même coup, et sous la même condition Adrien donna force de loi aux écrits des jurisconsultes morts qui avaient eu de leur vivant le *jus publice respondendi*. Cela expliquerait pourquoi le Digeste contient des fragments de jurisconsultes antérieurs à ce prince, tels qu'Alfénus Varus et Proculus, bien que Justinien eût recommandé à ses commissaires de ne puiser que dans les écrits de ceux qui avaient obtenu la *permissio jura condendi*.

(2) Entre la *sententia* et l'*opinio* il y a une petite différence : la *sententia* est présentée comme certaine pour tout le monde, l'*opinio* comme certaine pour son auteur, mais fausse ou douteuse pour d'autres. Tel est bien, ce me semble, le sens de l'explication donnée par Théophile (sur le § 8 *sup.*).

marqué les deux phases historiques du *jus publice respondendi*, d'abord simple distinction honorifique, puis participation directe au pouvoir législatif (1). Il est certain, au surplus, que la mission des jurisconsultes se restreignit à interpréter les lois et à en combler les lacunes : mais ils ne purent jamais abroger des textes formels.

24. Un fait important dans l'histoire de la jurisprudence, et sans la connaissance duquel nombre de textes resteraient inintelligibles, c'est le partage des jurisconsultes en deux écoles (*scholæ* ou *sectæ*). Ce partage remonte au règne d'Auguste et eut pour point de départ les dissi-

(1) Sur la *permissio jura condendi* il existe un système tout moderne et fort différent de celui que je professe. En voici l'analyse et la réfutation : 1° la *permissio jura condendi* n'aurait rien de commun avec le *jus respondendi publice*. En effet, dit-on, Justinien (L. 1 § 4. C., *De vet. jur. enucl.*, I, 17) voulut que son Digeste fût tout entier emprunté à des jurisconsultes qui eussent reçu cette *permissio jura condendi*. Or il n'y en a que trente-neuf qui aient fourni quelque chose à cette compilation. Est-il donc croyable que le *jus respondendi publice* n'ait été accordé qu'à ces trente-neuf personnes? Je réponds à cela que les empereurs durent, en effet, se montrer assez sobres de cette concession, que sans doute les jurisconsultes officiels n'avaient pas tous écrit, que peut-être même les ouvrages de plusieurs avaient été perdus et qu'enfin il n'est pas prouvé que l'on ait emprunté à tous ceux qui avaient écrit; 2° ce seraient seulement les écrits des jurisconsultes, non leurs réponses proprement dites, qui auraient obtenu force de loi. Mais cette proposition ne tient pas contre le texte de Gaius (*sententiæ et opiniones*) : 3° enfin, ce n'est jamais du vivant d'un jurisconsulte, mais seulement après sa mort, que ses écrits auraient pu recevoir force de loi. On appuie cette doctrine sur deux constitutions du code Théodosien (LL. 1 et 3. *De resp. prud.*, I, 4). L'une est de Constantin et abroge les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien; l'autre, qui appartient aux empereurs Théodose et Valentinien, abroge en masse les écrits de tous les jurisconsultes, moins quelques-uns d'entre eux. Ces textes prouvent bien, ce que je ne conteste pas, que ces écrits eux-mêmes avaient force de loi; mais que cette autorité ne leur eût été conférée qu'après la mort de leurs auteurs, c'est une proposition qui demeure tout à fait hypothétique. Pour l'établir, on allègue encore que les écrits de Gaius paraissent bien n'avoir acquis force obligatoire que par la loi 3 précitée. Mais cela même est encore une hypothèse; et si vraisemblable qu'elle soit, qu'en peut-on légitimement conclure sinon que Gaius n'avait pas obtenu le *jus respondendi publice*, ce qui ne prouve en aucune façon que les ouvrages des jurisconsultes officiels n'eussent pas force de loi immédiate? Du reste, je concède sans difficulté qu'une constitution impériale ou un sénatus-consulte pouvait accorder force de loi aux ouvrages d'un jurisconsulte défunt. Ce que je nie, c'est que la même autorité ne pût pas être reconnue aux décisions d'un jurisconsulte vivant. C'est bien, en effet, à des vivants que conviennent et les expressions de Gaius (*quibus permissum est jura condere*) et celles de Justinien (*auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum principes præbuerunt*). Peut-on parler d'une permission donnée à un mort? Autorise-t-on un mort à écrire et interpréter des lois?

Dans la doctrine que je viens d'exposer, l'autorité législative des jurisconsultes aurait été consacrée à une époque inconnue, mais antérieure à Adrien. Ce prince n'aurait fait que la subordonner à la condition de l'unanimité qui, chose incroyable, n'aurait pas été exigée avant lui. Tel serait le sens du § 7 de Gaius.

dences politiques et juridiques de deux hommes éminents, Antistius Labéon et Atéius Capiton, morts l'un et l'autre la huitième année du règne de Tibère. Labéon fonda l'école des proculiens, ainsi nommée de Proculus, le second de ses successeurs (1). Capiton fonda celle des sabiniens ou cassiens, qui doit son nom à Masurius Sabinus et à Cassius Longinus, ses deux premiers successeurs (2). Labéon, nourri des doctrines stoïciennes (3) et fidèle aux principes républicains pour lesquels son père était mort à Philippes, ne dépassa pas la préture; il refusa d'être le candidat d'Auguste au consulat; Capiton, plus complaisant, parvint au consulat avant l'âge légal. Homme d'État remarquable et honnête dans sa vie privée, il déshonora son extrême vieillesse par un de ces raffinements de flatterie qui charmaient Tibère tout en provoquant son mépris. Labéon, qui ne s'était pas renfermé dans le droit, familier avec toutes les connaissances de son temps, et particulièrement versé dans les études philosophiques et étymologiques, sortit souvent des voies battues et ne craignit pas d'innover. Il écrivit et enseigna, faisant de chaque année deux parts égales, l'une qu'il passait à la campagne à composer des ouvrages, l'autre qu'il consacrait à Rome aux étudiants. Capiton se montra plus fidèle aux traditions de ses maîtres; il ne paraît pas que ses écrits aient obtenu la même estime ni exercé la même influence que ceux de son rival (L. 2 § 47, *De orig. jur.* — Tacite, *Annal.*, III, 70 et 75. — Suét., *Oct. Aug.*, 54. — Aul.-Gell., XIII, 10 et 12).

Ce serait une erreur de croire que les dissentiments politiques de ces deux hommes se soient perpétués comme une tradition chez leurs successeurs. Ainsi, tandis que Sabinus se renferma modestement dans l'étude sans aspirer aux charges publiques, et que Cassius, exilé sous Tibère, faillit être victime des haines de Néron (L. 2 § 47, *De orig. jur.* — Suét., *Nero*, 37), Nerva, le premier successeur de Labéon,

(1) Les jurisconsultes de cette école ont quelquefois été appelés pégasiens, du nom de Pégasus qui fut le successeur de Proculus. Mais cette dénomination ne se rencontre pas dans les textes. Du reste, l'on ne sait pas s'il faut dire proculiens ou proculéiens.

(2) Pline le Jeune (Épist., VII, 24) appelle Cassius *Cassianæ scholæ princeps et parens*, ce qui conviendrait beaucoup mieux à Sabinus. Du reste, les noms des deux écoles se trouvent dans plusieurs textes (Inst., § 25, *De div. rer.*, II, 1. — Fr. Vat., § 266. — Ulp., XI §§ 28. — L. 2 § 47, *De orig. jur.*, I, 2. — L. 11 §§ 3, *De don. int. vir.*, XXIV, 1. — L. 35 § 2, *De mort. caus. don.*, XXXIX, 6. — L. 41, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

(3) *Labeone insanior*, dit Horace par une allusion évidente aux doctrines philosophiques de Labéon (Hor., *Sat.*, I, III, v. 82). Le jurisconsulte était alors fort jeune, et le poëte dut regretter plus tard son injustice.

vécut dans l'intimité périlleuse de Tibère, elle le conduisit au suicide (Tacite, *Annal.*, IV, 58; VI, 26), et Pégasus, préfet de la ville sous Domitien, nous est représenté par Juvénal comme un homme naturellement honnête, qui ne courait pas au-devant des lâchetés, mais qui ne savait pas refuser celles que le maître lui demandait (*Sat.*, IV, v. 77 et s.).

Quant aux dissidences juridiques des deux chefs, il est vraisemblable que, loin de s'atténuer après leur mort, elles augmentèrent : c'est ce que l'on peut inférer des dénominations même des deux écoles. Ces dissidences se manifestent sur une foule de détails, quelquefois sur des théories entières. Mais il faut se garder de croire à un dissentiment sur les principes généraux de la science; car, selon une observation déjà vraie du temps de Cicéron (*De Orat.*, I, 57), le *jus incontroversum* forma toujours la partie de beaucoup la plus considérable du droit. Ce serait une autre erreur non moins grave, que de préjuger les doctrines d'un jurisconsulte d'après l'école à laquelle il appartient. Il faut reconnaître, au contraire, qu'en matière de droit privé les jurisconsultes conservèrent toujours l'indépendance de jugement qui est inséparable de la vraie science. A la longue, même, l'esprit d'éclectisme finit par prévaloir; et la scission, déjà bien moins sensible sur la fin du IIe siècle, s'efface complétement au IIIe sous l'influence conciliatrice de quelques grands jurisconsultes, principalement de Papinien et d'Ulpien. C'est l'époque où la jurisprudence romaine jette son dernier et plus brillant éclat. Après le règne d'Alexandre Sévère, on ne cite plus que quelques noms secondaires. Non que l'autorité des *responsa* eût été supprimée (1); mais cette source du droit devint inféconde, sans doute à cause de l'infériorité de plus en plus sensible des prudents, et aussi parce que les empereurs, jaloux de légiférer seuls, se montrèrent plus avares de la concession du *jus respondendi publice*. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'à partir de Théodose le Jeune, les jurisconsultes cessèrent absolument d'être législateurs pour redevenir simples interprètes (L. 3, C. Th., *De resp. prud.*, I, 4) (2).

(1) Le contraire est attesté par un obscur écrivain du IVe siècle qui cite un jurisconsulte investi par Dioclétien de la νομοθετικὴ δύναμις (Eunapius, *Vie de Chrysanthius*).

(2) Presque tous les monuments de la littérature juridique de Rome sont perdus. Cependant trois ouvrages élémentaires nous sont parvenus, au moins en grande partie, savoir : 1° des fragments d'Ulpien découverts au Vatican en 1544 et que l'on croit appartenir à l'ouvrage qu'il avait intitulé *Regulæ*. C'est sous ce nom que je les citerai : 2° les *Institutes* ou Commentaires de Gaius, découverts à Vérone

25. Jusqu'ici j'ai dû examiner isolément les diverses sources du droit pour faire mieux comprendre la nature et le fonctionnement de chacune. Il me reste, par un rapide coup d'œil d'ensemble, à les envisager dans leur coexistence ou dans leur succession chronologique, et à montrer que leur développement et leur extinction correspondent intimement aux variations de l'état politique et social des Romains. Pour cela, je suivrai une division devenue vulgaire, comprenant quatre périodes dont les points de séparation sont déterminés par des faits d'une haute importance, soit politique, soit juridique : 1° depuis les origines inconnues de Rome jusqu'à la promulgation de la loi des Douze Tables dans les années 301 et 302 de Rome; 2° depuis la loi des Douze Tables jusqu'à la fondation de l'empire par César Auguste, en l'an 724 de Rome ; 3° depuis Auguste jusqu'à l'avénement de Constantin en l'an 306 de l'ère chrétienne; 4° depuis Constantin jusqu'au début du règne de Justinien en l'année 527.

26. *Première période.* — A l'origine de Rome, le gouvernement consiste en une monarchie tout à fait absolue, et le droit se forme exclusivement par la coutume (L. 1 § 1, *De orig. jur.* — Tacite, *Ann.*, III, 26). Mais bientôt, si l'on en croit la tradition, le premier roi lui-même établit une constitution régulière et tempère ses propres pouvoirs par la création du sénat et des comices par curies. Dès lors le droit écrit.

en 1816 et qui ont éclairé d'un jour nouveau la connaissance du droit classique; 3° les *Sentences* de Paul en cinq livres. Elles ne nous sont parvenues que comme partie du *Breviarium Alaricianum*, recueil résumé dans lequel le roi visigoth Alaric II fixa la législation romaine applicable à ses sujets romains. Aussi ne présentent-elles pas dans tous leurs détails le même degré d'authenticité que les *Institutes* de Gaius et les *Règles* d'Ulpien. En dehors de ces trois ouvrages, nous n'avons plus que des débris. Il faut citer d'abord le Digeste, vaste collection de textes empruntés par Justinien à un certain nombre de jurisconsultes, et embrassant toutes les matières du droit. Il faut citer aussi les *Fragmenta Vaticana*, recueils de textes relatifs à quelques matières spéciales. Ils ont été découverts à la bibliothèque du Vatican et publiés en 1823. Dans une moindre mesure, ils ont rendu à la science un service semblable à celui qu'elle a reçu des Institutes de Gaius. Autant que nous en pouvons juger par ces divers documents, les jurisconsultes romains allièrent au plus haut degré dans leurs ouvrages le bon sens du praticien, l'esprit d'analyse et l'exacte précision du langage. On ne les a pas surpassés comme interprètes. Mais deux choses paraissent leur avoir manqué, savoir : 1° la critique, dans le sens élevé du mot. Ils dégagent très-bien les principes de la loi, ils ne songent pas assez à en scruter la valeur philosophique ni à en montrer la raison d'être historique; 2° la méthode dans la composition. Sur une question spéciale la méthode ne leur manque jamais. Mais ils ne savent pas classer leurs matériaux et ordonner un livre. A ce point de vue les *Sentences* de Paul sont le chef-d'œuvre du désordre, tandis que les *Institutes* de Gaius présentent une véritable supériorité relative.

prend naissance; il a pour expression les *leges curiatæ*, empreintes nécessairement de l'esprit aristocratique qui avait présidé à la composition des curies. Dans le cours de cette première période, les faits les plus importants relativement à l'histoire externe du droit sont les suivants : 1° La constitution de Servius Tullius, et spécialement la création des comices par centuries. L'influence de la richesse balance désormais celle de la noblesse. Du reste, il est douteux que ces comices aient immédiatement exercé le pouvoir législatif. 2° L'abolition de la royauté en l'an de Rome 245, et la création du gouvernement républicain, ou, pour mieux dire, du consulat. Cette révolution ne change rien aux attributions du pouvoir exécutif; mais elle le partage et le rend temporaire. Ce n'est pas aux plébéiens qu'elle profite, elle ne fait guère que débarrasser le patriciat des gênes de la royauté, et il est fort remarquable que la loi qui expulsa Tarquin le Superbe et tous ses descendants fut l'œuvre des curies et non point des centuries (Denys d'Hal., IV, 84. — Page 46, note 2). 3° La création des *tribuni plebis*, magistrature de combat dont l'action persévérante devait à la longue amener l'égalité politique et civile des deux ordres. 4° la création des *comitia tributa*, et avec eux l'apparition des plébiscites. Mais on sait que dans cette période le plébiscite ne compte pas encore parmi les sources du droit. 5° Enfin la promulgation de la loi des Douze Tables, fait immense sur lequel il est nécessaire que j'insiste un moment.

Dans le cours de la période royale un certain nombre de lois curiates avaient été votées. Sous le règne de Tarquin le Superbe, Sextus Papirius les réunit et les coordonna en un recueil qui fut appelé *jus Papirianum* (L. 2 § 2, *De orig. jur.*) (1). Mais quelques années après l'expulsion des rois, ces *leges Regiæ* furent abrogées en masse par une *lex tribunitia*, c'est-à-dire par une loi rendue sur la proposition d'un *tribunus plebis*. A partir de ce moment, la législation retomba dans sa confusion primitive, le peuple romain ne fut plus gouverné que par des coutumes incertaines (L. 2 § 3, *De orig. jur.*), et comme c'étaient les patriciens seuls qui rendaient la justice, qui par conséquent constataient la coutume et au besoin l'inventaient, la plèbe se trouva à leur merci, plus malheureuse par l'ignorance des lois qu'elle ne l'eût été par des lois mauvaises (2). Donc sur les réclamations des tribuns

(1) Plusieurs dispositions de ces lois nous ont été conservées par les auteurs anciens. On en trouve une au Digeste dans un texte de Marcellus (L. 2, *De mort. inf.*, XI, 8).

(2) Cicéron (*De legib.*, I, 6) dit très-exactement : *Potius ignoratio juris litigiosa*

de la plèbe, dans le double but de rendre la loi notoire pour tous les citoyens et d'asseoir le droit sur la base de l'égalité (*æquare libertatem, æquare jura*), une loi votée par les comices centuriates suspendit pour un an toutes les magistratures ordinaires, et institua, sous le nom de décemvirs, des magistrats patriciens qu'elle investit d'un pouvoir sans appel (*sine provocatione*) et qu'elle chargea de refondre l'ensemble de la législation. Au bout de l'année, les décemvirs publièrent dix tables de lois qui obtinrent l'approbation des comices centuriates. Mais l'œuvre ne paraissant pas complète, le régime décemviral fut maintenu pour une année encore, et de nouveaux travaux aboutirent à deux nouvelles tables qui furent également votées par le peuple. Telle est la substance des explications données par Tite-Live (III, 31 à 37), Denys d'Halicarnasse (X, 3, 50 à 58) et Pomponius (L. 2 § 4, *De orig. jur.*) (1).

Cette loi des Douze Tables, unique essai de codification générale avant Justinien (2), réglait l'ensemble du droit privé et du droit public (*fons omnis publici privatique juris*, dit Tite-Live, III, 34). En ce qui

est quam scientia. Le règne exclusif d'un droit coutumier qui n'a rien de fixe n'est donc propre qu'à engendrer des procès.

(1) Ces auteurs, et, si nous en croyons Lydus (*De mag. Rom.*, I, 34), leur témoignage était confirmé par Gaius dans son commentaire des Douze Tables, affirment que plusieurs années avant la nomination des décemvirs, trois députés furent envoyés en Grèce et dans la Grande-Grèce pour recueillir les lois de Solon et les autres lois grecques, et que de leur voyage ils rapportèrent le texte même de ces lois. Pomponius ajoute qu'un grec nommé Hermodore, exilé en Italie, aida les décemvirs à les comprendre et à rédiger les Douze Tables. Il est vrai qu'aucun de ces faits n'est mentionné ni par les auteurs grecs contemporains, ni par Cicéron dans son traité *De republica*, si riche pourtant en renseignements historiques, et de ce silence plusieurs écrivains modernes ont conclu que la députation en Grèce n'est qu'une fable. Je ne saurais m'associer à cette incrédulité. Tite-Live et Denys donnent les noms des trois députés. Pline l'Ancien atteste que de son temps encore on voyait à Rome une statue d'Hermodore (*Hist. nat.*, XXXIV, 5). Enfin, il paraît bien que quelques rapports existaient déjà entre Rome et la Grèce, puisque Tarquin le Superbe avait envoyé ses deux fils et Junius Brutus consulter l'oracle de Delphes (Tite-Live, I, 58. — Lydus, I, 31). Ce sont là des raisons assez décisives en faveur de la tradition romaine. Quoi qu'il en soit, il est impossible, à raison de l'originalité et de l'unité des Douze Tables, d'admettre aucune influence directe des législations grecques sur l'œuvre des décemvirs. Le Digeste ne cite que deux emprunts, fort insignifiants, faits aux lois de Solon (L. 13, *Fin. reg.*, X, 1. — L. IV, *De colleg.*, XLVII, 22). Quant aux traits généraux de ressemblance que l'on pourrait trouver entre le droit romain et le droit grec, ils s'expliquent, de même que certaines analogies entre les deux langues, par la communauté d'origine des deux peuples, bien plutôt que par des emprunts.

(2) Suétone (*Jul. Cæs.*, 44) affirme que Jules César avait songé à codifier les lois romaines. Isidore de Séville, dont le témoignage a beaucoup moins de valeur parce qu'il est bien moins ancien, en dit autant de Pompée (*Orig.*, V, 1, 5).

concerne le droit privé, qui seul nous occupe, il ne paraît pas que les décemvirs aient beaucoup innové : ils formulèrent les institutions lentement créées par la coutume ou organisées par des lois antérieures, et de là l'unité de leur œuvre; de là aussi la facilité avec laquelle elle fut acceptée, quoique consacrant une foule d'idées fausses contre lesquelles une réaction devait s'accomplir dans les deux périodes suivantes. Parmi ces idées fausses, les unes étaient encore universellement reçues et ne choquaient personne. Telles étaient celles sur l'organisation de la famille. D'autres froissaient dès lors la dignité des plébéiens, c'est-à-dire de la majorité. Ainsi, les patriciens seuls pouvaient aspirer aux grandes magistratures; les formes de la procédure étaient un secret qu'ils possédaient seuls, seuls aussi ils déterminaient les jours où l'on pouvait agir en justice et seuls exerçaient les fonctions de juges (n°s 738 et 740. — Denys d'Hal., X, 1). Entre eux et les plébéiens, les mariages étaient interdits (Cic., *De rep.*, II, 24). Enfin les débiteurs, même de bonne foi, qui encouraient une condamnation judiciaire étaient exposés aux voies d'exécution les plus barbares (n° 745). C'est donc bien à tort que les décemvirs se vantaient d'avoir établi un droit égal pour les grands et les petits (*se omnibus summis infimisque jura æquasse*, Tit.-Liv., III, 34) et que Tacite appelle leur œuvre *finis æquijuris* (*Ann.*, III, 27).

La loi des Douze Tables resta longtemps un objet de vénération pour les Romains. Au milieu du VIIe siècle de Rome, on la faisait encore apprendre par cœur aux enfants (Cic., *De legib.*, II, 23). Cicéron n'en parle qu'avec enthousiasme (1); et bien que dès lors elle commençât à pâlir devant le droit prétorien (Cic., *De legib.*, I, 5), bien que les dix siècles qui séparent Justinien des décemvirs n'aient guère été employés qu'à détruire et à refaire leur œuvre, jamais elle ne fut abrogée dans son ensemble, et sous Justinien lui-même elle forme encore la base du droit romain, de même que pour nous elle constitue le véritable point de départ de l'étude historique de ce droit (2).

27. *Seconde période.* — Les sources du droit durant cette période sont d'abord la coutume, moins productive toutefois que dans la précédente, puis les lois, surtout les lois centuriates, enfin les plébiscites,

(1) Il va jusqu'à la mettre au-dessus de tous les livres des philosophes, soit pour la valeur des principes (*auctoritatis pondus*), soit pour la richesse des applications (*utilitatis ubertas*). — (*De orat.*, I, 44).

(2) Nous ne possédons des Douze Tables qu'un très-petit nombre de textes épars dans les auteurs. Mais nous en connaissons les dispositions principales. Il y en a plusieurs qui sont mentionnées aux Institutes (I, 15, pr.; 17, pr.; 23, § 3. — II, 1, § 41; 6, § 2; 22, pr. — III, 1, § 1; 2, pr. et § 3; 3, pr.; 7, pr. — IV, 4, § 7; 9, pr.).

munis par la loi *Hortensia* d'une autorité égale à celle des lois. Grâce à cette source nouvelle, et parallèlement à l'établissement progressif de l'égalité politique, la législation privée tend et arrive à devenir la même pour les patriciens et les plébéiens. C'est dans cette même période qu'apparaissent les édits des magistrats et les réponses des prudents : sans figurer encore parmi les sources du droit écrit, ces édits et ces réponses exercent une action considérable sur le développement de la coutume. Sous ces influences nouvelles, le vieux droit quiritaire s'affranchit de l'étroit égoïsme national et des idées factices qui faisaient une partie de sa primitive et rude originalité. Créé d'abord pour une petite cité, il étend le domaine du *jus gentium* et s'approprie avec souplesse aux besoins nouveaux d'un grand empire, composé d'éléments multiples. Jadis fécond en pratiques formalistes et empiriques, il fait prévaloir l'idée sur la forme, et rejette l'alliage des superstitions religieuses. Les jurisconsultes ne se bornent plus, comme dans le principe, à répondre sur des espèces : ils enseignent, écrivent (1), constituent des théories; et d'un art de chicane, art autrefois mystérieux et réservé aux patriciens, ils font une science positive et logique, qui verse sa lumière à tous (2). Ce double progrès, humanisation et coordination scientifique du droit, est dû surtout à deux causes : d'abord, Rome, étendant de plus en plus ses conquêtes, est obligée, pour conserver l'obéissance des peuples qu'elle absorbe, de leur communiquer une part de son droit, et souvent elle emprunte le leur ou en crée un nouveau. En second lieu, la philosophie grecque pénètre à Rome, grâce à l'enseignement des Grecs eux-mêmes, grâce à la connaissance de plus en plus répandue de leur langue, grâce surtout aux admirables écrits de Cicéron, qui vulgarise toutes les théories grecques en leur donnant un caractère plus pratique. Deux faits importants marquent la fin de cette période : c'est d'abord la ruine de l'antique et odieuse procédure des *legis actiones* remplacée par le savant mécanisme du système formulaire (n°s 747 et 748); c'est ensuite la transformation

(1) Le premier qui écrivit fut ce Sextus Ælius dont le poëte Ennius disait : *egregie cordatus homo catus Æliu' Sextus* (Cic., *Tusc. disp.*, I, 9. — L. 2 § 38, *De orig. jur.*).

(2) Cicéron (*De orat.*, I, 41. — *Pro Mur.*, I, 3) et Pomponius (L. 2 § 35, *De orig. jur.*) attestent que les premiers qui étudièrent le droit s'appliquaient, pour se rendre plus nécessaires, à tenir leurs connaissances secrètes et à obscurcir les affaires. De là une vieille et significative formule : *Dolus malus et jurisconsultus* (ou *jus civile*) *hinc abesto* (Orell., *Inscr.*, 391, 4390, 4821). Cette transformation des jurisconsultes fut principalement déterminée par la divulgation des *legis actiones* et du calendrier (page 44, note 2).

du gouvernement, qui de républicain devient monarchique. Auguste, sans avouer qu'il en change la forme, concentre en lui tous les titres des anciennes magistratures, et par cette usurpation mal déguisée le pouvoir devient absolu.

28. *Troisième période.* — La révolution qui substituait l'empereur au peuple devait emporter avec elle les lois et les plébiscites. Les textes citent bien çà et là quelques lois rendues sous l'empire (Ulp., III, § 5; XI, § 8 — Gaius, I, §§ 157 et 171. — L. 3 § 1, *De term. mot.*, XLVII, 21. — Tac., *Ann.*, XI, 13). Encore peut-on se demander si quelques-unes ne sont pas plutôt des sénatus-consultes mal qualifiés. Quant aux plébiscites, l'histoire n'en enregistre plus un seul, mais nous ne pouvons affirmer qu'il n'en ait été rendu aucun. Ce qui est certain, c'est que, les empereurs convoquant de moins en moins les comices, petit à petit le peuple oublia ses droits; et ces deux sources, restées vivantes en théorie, comme le prouve le langage de Gaius (I, § 3), disparurent en fait. En revanche, dès le début de l'empire apparaissent et les constitutions impériales et les sénatus-consultes, ces derniers d'abord plus fréquents, puis plus rares à mesure que le pouvoir impérial s'affermit. Au IIe siècle, sous Adrien, l'Édit du préteur, fixé par le travail de Julien, prend rang parmi les sources du droit écrit; mais à cela l'autorité réelle des magistrats perd plus qu'elle ne gagne, si l'on admet avec moi que désormais ils ne peuvent plus rien changer aux règles formulées par Julien. Sous ce même Adrien, les *responsa prudentium* deviennent aussi une source du droit écrit : les préteurs avaient humanisé la législation, les jurisconsultes lui donnent la façon scientifique. Ce sont eux qui à cette époque, dite époque du droit classique, exercent la plus grande influence sur la législation : ils l'exercent grâce à la liberté que leur laissent, dans le premier siècle de l'ère chrétienne, les souvenirs toujours vivants de la république et les hésitations d'un pouvoir encore contesté; grâce, dans le second siècle, à l'esprit élevé et relativement libéral de plusieurs empereurs philosophes. La fin de cette troisième période est signalée par un complet changement de procédure qui s'accomplit sous Dioclétien (n° 783), et ce changement coïncide avec un mouvement précipité de décadence. Autant, depuis Auguste jusqu'à Alexandre Sévère, la science avait été brillante et féconde, autant désormais elle est terne et stérile. Le droit romain, parvenu à sa maturité, va se décomposer, comme la société romaine elle-même, sous l'influence combinée de trois forces : le despotisme, le christianisme

et l'invasion barbare. La première dissout sans rien produire; les deux autres, au milieu des ruines qu'elle font, apportent et propagent des éléments régénérateurs.

29. *Quatrième période.* — Au début de cette dernière période, il faut signaler trois faits de la plus haute importance politique et sociale. Jusque-là les fonctions civiles et les fonctions militaires avaient été confondues dans les mêmes mains. Constantin les sépara. A la tête des administrations civiles, il plaça quatre préfets du prétoire; à la tête de l'administration militaire, quatre *magistri equitum.* En second lieu, une fois débarrassé de tous ses concurrents au trône, il se proclama chrétien, et telle fut la religion de tous ses successeurs, excepté Julien. Le christianisme devint donc la religion officielle. Enfin Constantin fonda la ville de Constantinople, préparant ainsi la séparation de l'Orient et de l'Occident. Cette séparation avait déjà existé sous Dioclétien; elle devint définitive à la mort de Théodose le Grand, en l'an 395. Il y eut désormais deux empires.

Dans cette période qui est celle du despotisme perfectionné et de la décadence complète, il ne peut plus être question ni de lois ni de plébiscites. Le subterfuge des sénatus-consultes est devenu inutile, et le sénat n'est plus guère qu'un corps de parade. Les magistrats, s'ils conservent quelque temps encore un *jus edicendi* bien amoindri, n'en usent plus pour créer. Enfin, les prudents perdent le *jus jura condendi* par une constitution célèbre rendue en l'an 426 et sur laquelle je reviendrai tout à l'heure. Dans ce desséchement général des sources du droit écrit, la seule qui reste productive, la seule vivante, ce sont les constitutions impériales. Déjà Constantin déclare qu'à lui seul appartient de trancher les questions litigieuses que fait naître le conflit du droit positif et de l'équité (L. 1, C., *De legib.*, I, 14.) Plus radical, Justinien pose comme règle reconnue que l'empereur seul peut faire et interpréter les lois (L. 12 § 1, C., *De legib.*, I, 14) (1). Ainsi, en même temps que l'on séparait ce qui jadis avait été confondu, les fonctions civiles et les fonctions militaires, l'on achevait de confondre ce qui pendant longtemps avait été séparé, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Désormais les constitutions impériales prennent le nom de *leges* et n'admettent plus d'autre con-

(1) Il suit de là que lorsque Justinien, dans ses Institutes (§ 3 *sup.*), énumère six sources du droit écrit, il se place au point de vue historique, non au point de vue pratique. Il veut simplement exprimer comment le droit romain s'est formé dans le passé.

currence que celle de la coutume, et encore avons-nous vu que l'importance de cette source a singulièrement diminué (n° 9).

Parmi les empereurs qui occupèrent le trône dans le cours de cette quatrième période, il y en a un dont les travaux législatifs méritent une attention toute spéciale : c'est Théodose le Jeune. Son œuvre se compose de deux éléments, la loi dite des citations et le code Théodosien.

La loi des citations n'est autre que celle qui supprima le *jus respondendi publice* et le *jus jura condendi* (L. 3, C. Th., *De resp. prud.*, I, 4). En voici l'analyse : 1° Désormais les écrits des jurisconsultes n'auront plus force de loi. Telle est la règle générale; mais une exception est faite pour Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin. A l'égard des quatre derniers, leurs écrits ne font que conserver l'autorité qu'ils avaient déjà. Quant à ceux de Gaius, il semble bien que cette autorité leur soit pour la première fois accordée. Au surplus, Théodose, renouvelant une décision de Constantin (L. 1, C. Th., *De resp. prud.*), proscrit spécialement les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien. 2° La même force obligatoire qui est reconnue aux décisions personnelles de ces cinq jurisconsultes appartiendra aussi aux décisions qu'ils auraient empruntées à d'autres jurisconsultes, mais cela sous la condition que les citations soient vérifiées et trouvées exactes. 3° Dans le cas de divergence entre les jurisconsultes ainsi autorisés, le juge ne conservera plus, comme autrefois, une liberté absolue : il devra suivre la majorité, et en cas de partage, l'opinion de Papinien. Que si Papinien ne s'est pas prononcé, le partage aura pour effet de restituer au juge toute sa liberté. Si l'on s'attache à la disposition principale de cette loi, on ne peut s'empêcher d'y reconnaître une profonde sagesse. Beaucoup de jurisconsultes, trente-neuf au moins, avaient obtenu la *permissio jura condendi;* mais, leurs décisions n'ayant force de loi que par leur unanimité, il fallait que le juge s'imposât la tâche ingrate et impossible de feuilleter une immense quantité de volumes. Il aurait même fallu qu'il les possédât presque par cœur. Or bien souvent ces volumes, à raison de leur cherté et de leur rareté, n'étaient pas même à sa disposition. Théodose simplifie donc la tâche des juges. Mais, en les réduisant puérilement à la besogne machinale de compter les suffrages en cas de divergence, il reconnaît hautement et à coup sûr il encourage leur ignorance et leur inertie (1).

(1) Cet abaissement intellectuel des juges du Bas-Empire, cause et conséquence

Le code Théodosien est un recueil officiel de constitutions impériales. La pensée d'où il procède est exactement semblable à celle qui avait inspiré la loi des citations. Les constitutions impériales étaient devenues extrêmement nombreuses; plusieurs étaient abrogées, et quelques-unes ne faisaient qu'en répéter d'autres. Il fallait donc choisir celles que l'on voulait conserver et les réunir en un recueil qui pût être à la disposition de tous les juges. Pour la confection de ce travail, une commission de neuf membres fut nommée en l'an 429. Mais des raisons que nous ne connaissons pas l'empêchèrent d'arriver au résultat voulu. Une seconde commission fut donc instituée en l'an 435 : elle se composait de seize personnes. Ces deux commissions furent chargées de recueillir toutes les constitutions générales rendues par Constantin et ses successeurs, y compris Théodose le Jeune (1), et de les classer par titres sous des rubriques déterminées. Elles durent conserver à chaque constitution sa date et le nom de son auteur. La seconde commission fut spécialement autorisée à faire les additions ou suppressions nécessaires, à éclaircir les textes par des modifications de rédaction, et à morceler une même constitution pour en répartir les lambeaux dans plusieurs titres. L'œuvre fut achevée et promulguée

à la fois de la loi de Théodose, se rencontre aussi chez les jurisconsultes. Sans doute, on continue d'étudier le droit, et saint Jean Chrysostome atteste que de son temps encore il conduit aux plus hautes fonctions. Mais on n'ajoute plus rien à l'œuvre des anciens, et peu à peu, dans le mouvement de transformation qui s'accomplit, on en perd le sens et l'esprit. Aussi l'historien Ammien Marcellin (XXX, 4) trace-t-il des jurisconsultes de son temps un portrait qui ressemble fort à une caricature. Ignorants et âpres au gain, ils prennent l'air sévère des oracles. Il y en a qui n'ont jamais feuilleté un code; mais ils discutent sur le droit de l'époque d'Évandre.

(1) Bien avant Théodose le Jeune, deux recueils de constitutions impériales, dont nous n'avons qu'une très-faible partie, avaient été faits sous les noms de code Grégorien et code Hermogénien. Mais ils n'avaient aucun caractère officiel. Le code Grégorien paraît remonter au début du règne de Constantin; car dans les débris qui nous en restent, il n'y a pas une seule constitution de ce prince, et il y en a plusieurs de ses prédécesseurs Dioclétien et Maximien. Les plus anciennes que l'on y trouve appartiennent à Septime Sévère, mais on croit qu'il en contenait de plus anciennes encore et commençait à Adrien; c'est là, en effet, que le code de Justinien commence, et l'on verra bientôt qu'il fut composé, pour l'époque antérieure à Théodose le Jeune, de constitutions puisées dans les codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien. Quant au code Hermogénien, probablement il faisait suite au précédent. Le peu que nous en possédons se réduit à quelques constitutions de Dioclétien. Mais certainement il allait plus loin. En effet, un fragment intitulé *consultatio veteris jurisconsulti*, dont nous ignorons et la date et l'auteur, reproduit, d'après le code Hermogénien, plusieurs constitutions qui ont pour auteurs les empereurs Valentinien et Valens et pour dates les années 364 et 365. Le code Hermogénien aurait donc été composé vers la fin du IVe siècle.

en l'année 438. Elle contient seize livres dont nous ne possédons entiers que les onze derniers. Théodose le Jeune et son collègue Valentinien abrogèrent toutes les constitutions des princes antérieurs à Constantin, et décidèrent que désormais toute constitution faite pour l'un des deux empires serait également promulguée dans l'autre. Ces détails résultent de deux constitutions insérées au code Théodosien (LL. 5 et 6, *De const. princ.*, I, 1), et d'une autre constitution qui le précède et a pour titre *De Theodosiani codicis auctoritate.*

Les constitutions comprises dans ce code, et il faut en dire autant de celles qui le suivirent, se distinguent, quant à la forme, par une langue incorrecte, par un style inexact, aussi peu simple que les mœurs nouvelles des empereurs. Le droit se noie dans une rhétorique verbeuse. Quant au fond, elles se caractérisent par l'absence trop fréquente de logique et par la violence; on n'y retrouve plus, comme dans la précédente période, la finesse exercée de jurisconsultes savants, et on les sent faites pour une société qui a perdu la sécurité et le bien-être. En outre, elles cherchent à faire entrer la religion dans le droit, et les améliorations incontestables que le christianisme apporte sur certains points ne sont acquises qu'à un prix regrettable : c'est qu'il brise le cadre scientifique, substitue à l'esprit d'analyse l'esprit d'autorité, et pousse trop souvent le législateur à des empiétements sur le domaine réservé de la conscience.

V. — FUSION DES PRODUITS DE TOUTES LES SOURCES DU DROIT DANS LA COMPILATION DE JUSTINIEN. — EXPOSÉ ET APPRÉCIATION DE L'ŒUVRE DE CET EMPEREUR.

Lib. I, tit. I, *De justitia et jure*, § 2. — Iis igitur generaliter cognitis, et incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. Alioquin, si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine aut varietate rerum oneraverimus, duorum alterum : aut desertorem studiorum efficiemus,

Ces idées générales connues, il nous semble, au moment d'aborder l'étude du droit romain, que la méthode d'exposition la plus profitable consiste à suivre d'abord une voie unie et simple pour entrer ensuite dans une analyse détaillée et approfondie de chaque matière. Autrement, si dès le début nous fatiguons l'esprit encore novice et faible de l'étudiant par la multitude et la diversité des objets, de deux choses l'une : ou nous lui ferons déserter

aut cum magno labore, sæpe etiam cum diffidentia, quæ plerumque juvenes avertit, serius ad id perducemus, ad quod, leviore via ductus, sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.

l'étude; ou bien, au prix d'un grand labeur, souvent même avec cette défiance, qui plus que toute autre chose, rebute les jeunes gens, nous ne l'amènerons que fort tard au résultat que, par une voie plus facile, il aurait atteint plus promptement sans grand travail et sans la moindre défiance de lui-même.

30. Justinien, empereur byzantin du VIe siècle, usa du pouvoir législatif désormais réservé aux princes pour ôter toute autorité directe aux textes antérieurs. Dépouillant les résultats amassés par dix siècles de production législative et par les nombreux travaux des interprètes, il essaya de les condenser avec quelques éléments nouveaux dans une vaste compilation. Cette œuvre, que les modernes ont appelée *Corpus juris civilis*, est de tous les monuments romains qui nous restent le seul qui embrasse l'ensemble des matières juridiques. Elle est moins précieuse pour nous comme expression dernière de la jurisprudence romaine que comme débris et image encore vivante du droit classique. C'est ce droit surtout qu'il importe d'y chercher, et cela est possible, grâce aux lumières que nous fournissent les quelques œuvres originales et les textes épars ou mutilés qui nous sont restés des anciens, grâce surtout au bizarre procédé de composition qu'a suivi Justinien.

La compilation de ce prince comprend quatre ouvrages distincts : le Code, le Digeste ou Pandectes, les Institutes et les Novelles. Le Code et les Pandectes constituent son œuvre capitale. Pour comprendre soit la pensée qui inspira la conception de ces deux travaux, soit la manière dont elle fut réalisée, il faut d'abord se demander quels étaient les éléments du droit encore en vigueur à l'avénement de Justinien, c'est-à-dire où devaient puiser le jurisconsulte pour étudier la loi et le juge pour l'appliquer. Or les règles du droit se trouvaient éparses : 1° dans une multitude de constitutions impériales, soit celles du code Théodosien, soit d'autres plus récentes; 2° dans les écrits innombrables des jurisconsultes, tant ceux dont Théodose le Jeune avait directement consacré l'autorité que ceux dont les opinions étaient par eux citées et approuvées. Les décisions contenues dans les constitutions étaient volontiers appelées *leges*, les écrits des jurisconsultes formaient le *jus* proprement dit. Là étaient venus se fondre les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes et l'édit des magistrats. Les produits de ces diverses

sources n'étaient plus guère étudiés directement, souvent même l'original en était perdu. Justinien, c'est une justice à lui rendre, eut le sentiment net de la difficulté que l'étude et la pratique du droit rencontraient dans cette surabondance de textes disséminés. Reprenant donc et réalisant d'une autre manière la pensée qui, un siècle auparavant, avait suggéré et l'idée du code Théodosien et la loi des citations, il voulut simplifier et réduire. De là le Code et le Digeste.

Le Code est un recueil de constitutions impériales dont la plus ancienne appartient à Adrien et les plus récentes à Justinien. Dix commissaires, parmi lesquels figuraient Tribonien et Théophile (1), furent chargés de faire un choix soit dans les trois codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, soit parmi les constitutions rendues depuis la promulgation de ce dernier code. Plus libéral en cela que Théodose le Jeune, Justinien n'exclut donc pas systématiquement les constitutions antérieures aux princes chrétiens (2). Les plus larges pouvoirs furent donnés à ces commissaires. Supprimer les inutilités, éviter les contradictions, faire les additions, retranchements ou substitutions nécessités par un intérêt de clarté où par des changements de législation, fondre au besoin plusieurs constitutions en une seule ou d'une seule en faire plusieurs : telle fut leur tâche. Une année leur suffit à l'accomplir, et le Code, décrété en février 528, fut promulgué en avril 529. Il se divise en douze livres. Postérieurement, Justinien, ayant rendu cinquante décisions nouvelles, voulut les faire entrer dans son code. Il en donna donc, en l'année 534, une seconde édition (*Codex repetitæ prælectionis*) préparée par cinq commissaires munis des mêmes pouvoirs que les précédents, et c'est celle qui nous est parvenue.

(1) Tribonien fut *quæstor palatii* (Inst., § 3, *De libert.*, I, 5 ; § 12, *De fid. hered.*, II, 23). Cette dignité paraît avoir été une transformation de celle des anciens *candidati principis* (n° 14). Le *quæstor palatii* préparait les exposés de motifs et les constitutions des empereurs. Il avait donc une grande influence sur la confection de la loi. Tribonien fut ensuite *magister officiorum* (L. *De nov. codic. faciend.*), dignité qui ressemblait à un ministère de la police. C'était un personnage distingué par sa cupidité et par sa bibliothèque, la plus riche de l'empire en documents juridiques. — Quant à Théophile, il était professeur à l'école de droit de Constantinople (*antecessor*), et membre du *consistorium*, espèce de conseil d'État (*De nov. cod. fac.*).

(2) On remarquera que le code ne contient pas plus de 21 constitutions antérieures au règne de Septime Sévère, et qu'il ne contient aucune de celles qui avaient été rendues en Occident depuis la mort de Valentinien III. De cette dernière observation l'on a conclu que depuis cette époque les constitutions des empereurs d'Occident n'avaient pas été régulièrement promulguées dans l'empire d'Orient.

Les Pandectes ou Digeste sont un recueil de fragments empruntés à d'anciens jurisconsultes. Ces deux noms indiquent, l'un que l'intention de Justinien est de réunir l'ensemble des décisions des prudents sur toutes les matières (Πᾶν δέχεσθαι); l'autre qu'il se propose de les coordonner logiquement (*digerere*) (1). Dans ce but, Tribonien fut chargé de composer une commission de seize membres qu'il présida. Ces commissaires ne durent chercher les éléments de leur œuvre que dans les écrits des jurisconsultes qui avaient obtenu le *jus jura condendi* (2), et il leur fut recommandé de ne pas trop répéter ce qui était déjà dit dans le code. Du reste, ils reçurent exactement les mêmes pouvoirs que les auteurs du Code. Ce travail, décrété en décembre 530, fut promulgué en décembre 533. Extrait de trente-neuf jurisconsultes et de deux mille volumes environ, il contient cinquante livres (3).

31. Content de son œuvre, qu'il déclare éternelle, et voulant, ce semble, anéantir le passé juridique de Rome, Justinien prononça la peine du faux contre tous plaideurs, avocats ou juges, qui citeraient ou laisseraient citer d'autres textes que les siens. Il défendit sous la même peine tout commentaire de ses lois et n'autorisa que de simples paraphrases (Παράτιτλα) (4). En tout cela il montra plus d'or-

(1) Ces noms n'étaient pas nouveaux. Celsus, Julien, Marcellus, Scévola avaient écrit des *Digesta*. Modestin avait composé des *Pandectæ*. Le mot grec πανδέκται avait déjà servi de titre à un ouvrage de Tullius Tiro, affranchi de Cicéron (Aulu-Gelle, XIII, 9).

(2) Justinien autorisa expressément ses commissaires à puiser dans les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien, de même que dans celles de Marcien, qui, paraît-il, avaient été également réprouvées à une époque antérieure.

(3) Chaque livre, soit du Code, soit du Digeste, se divise en titres précédés d'une rubrique qui en indique l'objet. Chaque constitution ou chaque fragment de jurisconsulte forme une loi. Chaque loi porte le nom de son auteur; et de plus, si c'est une constitution impériale, elle indique la date et les consuls de l'année; si c'est un fragment de jurisconsulte, le titre et le livre de l'ouvrage où il a été puisé. Quand la loi présente une certaine étendue, les éditeurs modernes la divisent en paragraphes: le premier n'a pas de numéro et s'appelle *principium;* les autres portent les numéros 1, 2, etc.

Pour plus de renseignements, il faut consulter, quant au Code, trois constitutions qui le précèdent sous les rubriques : *De novo codice faciendo*, *De justinianeo codice confirmando*, *De emendatione codicis justinianei;* quant au Digeste, trois autres constitutions, placées en tête de cet ouvrage sous les rubriques *De conceptione Digestorum*, et *De confirmatione Digestorum*, et dont deux se retrouvent au Code, l'une textuellement, l'autre quant au fond seulement (LL. 4 et 2, C., *De vetere jure enucleando*, I, 17).

(4) Par ces décisions, Justinien n'est-il pas quelque peu responsable de la perte de tant d'ouvrages qu'il a cru et réussi à faire croire inutiles? Aussi ne pouvons-nous guère le remercier des textes précieux qu'il nous a conservés. En tout, il nous a donné moins qu'il ne nous a ôté. Du vivant même de Justinien, le Code fut paraphrasé par Thallelæus, surnommé νομικὴς ὄφθαλμος, et le Digeste par Stéphane

gueil que de bon sens, ne comprenant pas qu'une législation ne saurait être sérieusement étudiée quand on l'isole de ses précédents, et que les lois les mieux faites restent incomplètes sans l'auxiliaire d'une interprétation.

Que si l'on envisage la méthode même ou plutôt le procédé de Justinien, trois défauts devaient en résulter : 1° il était impossible que des recueils formés de textes appartenant à des auteurs d'époques très-différentes et d'idées souvent contraires ne continssent pas de contradictions. Justinien recommanda à ses commissaires de les éviter, c'était sagesse. L'œuvre terminée, il affirma hautement l'absence de toute antinomie : ce n'était plus que jactance ; 2° nécessairement aussi il devait se glisser, dans une œuvre ainsi conçue, bien des décisions vieillies, bien des textes abrogés. Que ces textes soient précieux pour nous parce qu'ils font la lumière sur le droit ancien, à la bonne heure : mais leur insertion n'en constitue pas moins une bévue législative ; 3° enfin, défaut particulier au Digeste, emprunté à des ouvrages de doctrine et de jurisprudence, il disserte plutôt qu'il ne dispose : il développe les motifs de la loi, en éclaire les principes par des hypothèses, en déduit les conséquences, parfois même il la critique. Mais tout cela rentre dans la mission de l'interprète, non dans celle du législateur (1).

Avec moins de vanité et de précipitation, Justinien, au lieu de s'approprier de vieux textes et d'en former deux immenses compilations, aurait condensé en un seul recueil et sous une rédaction personnelle la partie encore vivante du droit antérieur et le droit nouveau qu'il créait. Son œuvre y aurait gagné d'être plus brève, plus une, plus originale, j'ajoute plus commode pour le praticien. Mais, dans son ambition de ne rien laisser à faire après lui, il ne soupçonna pas que la patience est une condition essentielle des grandes œuvres. Il crut que la toute-puissance donne le génie.

Quant au fond, pour apprécier exactement la valeur du travail de Justinien, il faut en faire deux parties : l'une comprend ses nombreux emprunts, c'est-à-dire le Digeste presque entier et la plus grande partie du Code : c'est à celle-là qu'il a dû son renom exagéré de grand législateur. L'autre comprend, outre quelques retouches souvent malheureuses aux textes du Digeste, un bon nombre de constitutions insérées au Code. Là se rencontrent tous les défauts qui caractérisent

(1) La distinction de ces deux rôles, très-nettement marquée par Sénèque (*Epist.*, 94, n° 38), ne commença à être méconnue que par les législateurs du Bas-Empire.

une époque de décadence littéraire et juridique, tous ceux que j'ai signalés dans les constitutions de ses prédécesseurs (n° 29). Mais il faut reconnaître à Justinien un double mérite : 1° sa législation, quoique trop souvent égarée par l'intolérance religieuse, s'inspire en général d'un grand sentiment d'humanité et réalise un certain progrès moral. On en verra la preuve en étudiant l'esclavage et la famille romaine; 2° Justinien a fait disparaître les débris de plusieurs institutions usées, qui juraient avec les mœurs et souvent n'étaient plus appliquées, mais dont le souvenir embarrassait la langue et l'exposition du droit : à ce point de vue, il a souvent mis la théorie d'accord avec la pratique. On s'en convaincra particulièrement en étudiant la propriété et les successions.

32. Reste à dire quelques mots des Institutes et des Novelles, surtout des Institutes, qui sont encore aujourd'hui la base de l'enseignement officiel en France (1).

Justinien s'est fait commentateur dans le Digeste. Il devient professeur dans les Institutes (2). Le nom même indique qu'il s'agit ici d'un ouvrage élémentaire. Les Institutes sont donc un résumé, un manuel du droit privé. Elles furent rédigées par trois des commissaires chargés de la composition du Digeste, savoir Tribonien, Dorothée et Théophile (3). Comme le Digeste, elles furent promulguées vers la fin de l'année 533. Beaucoup d'ouvrages avaient été composés sous le nom d'*Institutiones*. Justinien voulut qu'ils fussent tous consultés et mis à contribution. Mais il a plus particulièrement suivi celui de Gaius, qui était depuis longtemps devenu classique (4). Il divise son travail en

(1) A l'égard d'un enseignement qui doit avoir le caractère d'un tableau historique plutôt que d'un commentaire, la désignation officielle d'un texte présente de grands inconvénients. Notamment elle nous pousse à suivre d'un pas servile l'ordre bon ou mauvais du texte, à développer tout ce qu'il indique et à négliger tout ce qu'il oublie, en un mot à faire consister toute la science dans une exégèse bien faite.

(2) Quelques auteurs écrivent *Instituts*. Mais il me semble que l'orthographe ordinaire est plus naturellement indiquée par le mot latin (*Institutiones*, et non pas *Instituta*).

(3) Dorothée était professeur de droit à Béryte (*De emend. cod. Just.*). Théophile nous a laissé une paraphrase des Institutes qui contient çà et là quelques renseignements précieux, mais qui dans son ensemble se caractérise par une extrême médiocrité. Les vues générales et les connaissances historiques y manquent absolument. Ce n'est pas même un commentaire complet. Théophile se borne très-souvent à reproduire le texte de Justinien.

(4) Il faut consulter, sur la confection des Institutes, la préface ou *proœmium* qui les précède. C'est un morceau curieux à lire pour qui veut prendre une idée du caractère et du style de Justinien. L'empereur byzantin est là tout entier avec sa vanité et son emphase.

quatre livres, de même que Gaius avait divisé le sien en quatre commentaires. Quant au classement des matières, il emprunte aussi celui de Gaius, tout autre et plus logique que celui du Digeste et du Code, qui paraissent avoir été ordonnés conformément à l'Édit du préteur. Enfin Justinien copie littéralement le texte de son modèle, toutes les fois que la reproduction n'implique pas anachronisme. Et l'on peut dire sans trop de sévérité que la valeur de son travail diminue à mesure qu'il lui devient plus personnel.

Les Institutes furent destinées aux étudiants qui suivaient les cours de première année dans les trois écoles officielles de l'empire (1). Ainsi munis de notions élémentaires sur chaque matière, ils devaient ensuite aborder l'étude plus compliquée du Digeste et du Code. Et c'est à quoi Justinien fait allusion au milieu de beaucoup de verbiage (3 *sup.*), en nous disant que la méthode la plus fructueuse consiste à suivre d'abord une voie simple et unie pour arriver ensuite à des études plus détaillées et plus approfondies (2).

Quant aux Novelles, ce sont des constitutions nouvelles (*novellæ constitutiones*), c'est-à-dire postérieures à ces divers ouvrages et par lesquelles Justinien modifie sa propre législation. On s'aperçoit bien ici qu'il n'a plus de modèles à copier. Les Novelles sont écrites dans une langue barbare; les décisions s'y perdent dans un style diffus et

(1) Ces trois écoles étaient établies à Rome, à Constantinople et à Béryte. A quelle époque précise l'enseignement du droit reçut-il une organisation officielle? Nous l'ignorons. Il y a deux choses certaines : c'est qu'au début de l'empire, et même à l'époque d'Ulpien, je veux dire au commencement du IIIe siècle, les professeurs n'étaient pas encore salariés par l'État; ils étaient payés par leurs élèves (L. 2 § 47, *De orig. jur.*, I, 2. — L. 1 § 5, *De extr. cogn.*, L, 13). C'est, en second lieu, que l'enseignement officiel existait au commencement du Ve siècle, ainsi que le prouve une constitution de Théodose le Jeune (L. 1, C., *De stud. lib.*, XI, 18. — L. 3, C. Th., *De stud. lib.*, XIV, 9). Ceux qui seraient curieux de détails sur l'organisation des études juridiques soit avant Justinien, soit sous ce prince, devront consulter une constitution pleine à la fois de choses instructives et de puérilités, la loi *Omnem reipublicæ* placée sous la rubrique *De conceptione Digestorum*.

(2) Tout d'abord la pensée de Justinien semblerait être qu'il faut passer du simple au composé, s'arrangeant de telle sorte que ce qui précède explique toujours ce qui suit. Cette méthode est facilement applicable dans les sciences exactes, où une première proposition bien comprise suffit à l'intelligence de la seconde, et ainsi de suite. Mais dans l'exposé du droit elle ne saurait être rigoureusement suivie, et il n'y a peut-être pas ici de matière qu'on puisse approfondir sans faire quelques emprunts à d'autres matières non encore développées. Ma pensée sera très-exactement rendue, si je figure la science du droit par une ligne courbe sans commencement ni fin, par une circonférence, et les sciences exactes par une ligne droite qu'on prend à l'un de ses deux points extrêmes et qu'on suit jusqu'à l'autre. Ceci dit, s'il

emphatique. Il faut quelque courage pour les lire, et beaucoup d'attention pour les résumer (1).

A. Nous n'avons pas à suivre le droit romain postérieurement à Justinien. Son développement dans l'empire byzantin nous intéresse peu. Cet empire, qui n'avait pas eu de jeunesse, subsista encore neuf siècles. Ce furent neuf siècles de stérilité et de langueur sénile (2). Quant à l'Occident, spécialement quant à la Gaule, occupée par les barbares depuis plus d'un siècle, le droit romain s'y conserva sans doute pendant toute la durée du moyen âge, mais comme coutume plutôt que comme législation promulguée. Ce fut moins un organisme vivant qu'un des éléments qui concouraient à la formation d'un organisme nouveau. Aussi, quelque intérêt que puisse présenter la connaissance de ses destinées nouvelles, elle forme une partie de l'introduction à l'étude du droit moderne plutôt que le complément de celle du droit romain.

VI. — SUBDIVISION DU DROIT PRIVÉ, QUANT A SON OBJET, EN TROIS PARTIES : LES PERSONNES, LES CHOSES, LES ACTIONS.

Lib. I, tit. III, *De jure personarum* (3) pr. — Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus : nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur (Gaius, I, § 8. — L. 1, *De stat. hom.*, I, 5).

Mais le droit que nous appliquons se réfère tout entier ou aux personnes, ou aux choses, ou aux actions. Et d'abord, étudions les personnes : car c'est peu de connaître le droit, si l'on ignore les personnes, en vue desquelles justement il a été établi.

est impossible d'établir une exacte gradation et une véritable série dans l'ordre des matières, il faut néanmoins dans l'exposition de chacune passer du plus simple au plus complexe.

(1) Un contemporain de Justinien, Julien, professeur à l'école de Constantinople, fit un abrégé des Novelles, que nous avons encore. Nous en avons un autre fait en Italie et appelé *Authenticum* ou *Liber authenticorum*. Enfin, au XIIe siècle, Irnérius, fondateur de l'école des glossateurs de Bologne, fit aussi des extraits des Novelles : on les appelle *Authentica*, et les diverses éditions du Code les placent à la suite de la constitution à laquelle ils correspondent.

(2) Le seul monument juridique vraiment important que nous ait laissé l'empire grec, ce sont les *Basiliques*, entreprises par Basile le Macédonien et promulguées au commencement du Xe siècle par son fils Léon le Philosophe. Ce recueil, divisé en soixante livres, n'est guère autre chose que la compilation de Justinien, traduite en grec et un peu modifiée en conséquence des changements survenus depuis le règne de ce prince. Ce qui les rend surtout précieuses, c'est qu'elles sont accompagnées de scolies dont un grand nombre remontent à l'époque de Justinien et dont plusieurs sont tirées des jurisconsultes eux-mêmes.

(3) En rapprochant de cette rubrique le contenu du titre, il est facile de voir

33. Il est impossible d'étudier le droit privé de Rome ou tout autre droit en s'attachant à l'une des deux subdivisions précédemment expliquées. Le morcellement et la dislocation de chaque matière, des redites perpétuelles, et comme conséquence une confusion complète : tels seraient les vices inévitables d'une méthode qui prétendrait séparer le droit civil et le droit des gens, ou parcourir, en les isolant successivement, les produits des diverses sources. C'est évidemment dans une classification naturelle des objets du droit qu'il faut chercher les éléments d'une exposition méthodique et claire. Or, à ce point de vue, Gaius et Justinien subdivisent l'étude du droit en trois parties, relatives aux personnes, aux choses et aux actions.

Les critiques n'ont point été épargnées à cette classification ; et Justinien lui-même en a fourni le point de départ par cette observation fort juste que le droit n'est établi qu'en vue des personnes (pr. *sup.*). D'où il résulte que, n'étudiant pas les choses en elles-mêmes, mais seulement au point de vue des droits que nous pouvons avoir sur elles, au fond il a pour objet constant, pour objet unique, les personnes. Il est facile, cependant, de montrer que cette classification est empreinte d'un véritable bon sens pratique. Nous commençons par envisager les personnes indépendamment de leurs rapports avec les choses : nous étudions les rôles variés qu'elles peuvent jouer dans la société, tels que ceux d'esclaves ou d'affranchis ; leur état, c'est-à-dire leur situation comme membres de telle nation ou de telle famille; leur capacité, c'est-à-dire leur aptitude à avoir des droits et à les exercer. Puis, introduisant les personnes au milieu du monde inanimé, nous voyons les choses, considérées dans leur rapport avec l'homme, devenir presque toutes des biens et les personnes acquérir des droits sur ces biens, soit des droits immédiats, tels que la propriété, soit des droits plus éloignés, tels que le droit de créance. Enfin nous assistons au spectacle des droits méconnus, et sous le nom d'actions nous étudions la procédure établie pour les faire respecter. De sorte qu'en dernière analyse la théorie des personnes a pour objet les droits non appréciables en argent; la théorie des choses, les

qu'elle indique à la fois trop et trop peu : trop, puisque le *jus personarum* fait l'objet de toute la suite du livre premier; trop peu, puisque le *principium* a trait à l'ensemble du droit privé, et non pas seulement au *jus personarum*. Aussi quelques éditions placent-elles dans le titre précédent toute la portion de ce *principium* que j'explique ici.

droits qui composent le patrimoine; et la théorie des actions, la sanction pratique de tous ces droits. Il y a bien là une suite d'idées qui, pour n'être pas absolument mathématique, ne saurait néanmoins être niée ni regardée comme arbitraire. Je suivrai donc la classification des Institutes, comme joignant à l'avantage incontestable d'être romaine, et par conséquent de ne pas dénaturer la physionomie propre du droit romain, le mérite d'être aussi la plus commode pour l'intelligence progressive des diverses matières du droit.

PREMIÈRE PARTIE

DES PERSONNES

SOMMAIRE : I. Définition du mot personne. — II. Divisions et subdivisions des personnes.

I. — DÉFINITION DU MOT PERSONNE.

34. Le mot *personne* revêt dans la langue juridique deux sens qu'il ne faut pas confondre :

1° On appelle personne tout être, réel ou fictif, considéré comme capable d'être le sujet actif ou passif d'un droit, c'est-à-dire comme pouvant avoir des droits ou des obligations. En ce sens, il y a des personnes réelles et des personnes de création légale.

Les personnes réelles, ce sont les personnes physiques, les individus humains. On les appelle *singulares personæ* (L. 9 § 1, *Quod met. caus.*, IV, 2), *certi homines* (L. 20, *De reb. dub.*, XXXIV, 5), ou *singuli* (Inst., § 4, *De just. et jur.*, I, 1; § 1, *De divis. rer.*, II, 1). Sur ces personnes il y a deux observations à faire : 1° les esclaves n'étant, comme on le verra, qu'un objet de propriété, on ne peut les compter parmi les personnes que pour les en exclure tout aussitôt, car en droit ce sont véritablement des choses. Nous verrons toutefois que le bon sens et la vérité l'emportèrent souvent sur la logique, et qu'à plusieurs points de vue, surtout dans la matière des testaments, l'esclave recouvre sa personnalité naturelle (L. 82 § 2, *De leg.* 2°, XXXI); 2° les personnes ne sont réputées telles que du moment de leur naissance au moment de leur mort. Donc l'enfant simplement conçu n'a pas encore de personnalité (L. 1 § 1, *De insp. ventr.*, XXV, 4. — L. 2 § 6, *De excus.*, XXVII, 1), et celui qui naît mort n'en a jamais eu (L. 129, *De verb. sign.*, L, 16. — Inst., § 1, *De exher.*, II, 13); mais à l'inverse, la plus fugitive existence comporte une personnalité de même durée (L. 3, C., *De post. hered.*, VI, 29). — Par dérogation à

ces principes, les Romains ont admis : 1° que l'enfant simplement conçu qui, si on le supposait déjà né, pourrait se prévaloir d'un droit, doit être provisoirement considéré comme vivant et son droit lui être réservé, sous la condition qu'il naisse ensuite et naisse vivant (L. 7, *De stat. hom.*, I, 5. — L. 231, *De verb. signif.*, L, 16). Et de là ce brocard encore vrai chez nous : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* (1); 2° que les enfants qui naissent n'ayant pas forme humaine (*partus portentosus, monstrum, ostentum*), ne comptent pas pour des personnes (L. 14, *De stat. hom.*).

Quant aux personnes de création légale, elles n'ont pas de réalité concrète, pas d'individualité naturelle, elles ne vivent pas. Pures conceptions de l'intelligence, elles doivent leur personnalité à une fiction : tels sont les cités, certains dieux autrefois, sous Justinien les églises. Les Romains disent de ces personnes : *Personæ vice funguntur* (L. 22, *De fidejuss.*, XLVI, 1). Mais ils n'ont pas d'expression générale qui les embrasse toutes. Je les appellerai, conformément à la langue du droit français, personnes civiles ou personnes morales. Les Institutes, soit oubli, soit parce que l'étude de cette classe de personnes rentre plutôt dans le droit public que dans le droit privé, ne traitent que des personnes réelles, et c'est à elles seules que va s'appliquer la seconde définition du mot personne.

2° Dans ce second sens, plus voisin du sens propre et originaire (2), *persona* désigne un certain rôle qu'un individu joue dans la société. Par exemple, il est père de famille ou fils de famille, libre ou esclave. La personne ainsi conçue n'est donc pas un être vivant, mais une qualité de l'être vivant. Aussi le même individu cumulera-t-il facilement plusieurs *personæ*. Il sera tout à la fois homme libre, affranchi, père de famille, tuteur, etc. L'on comprend aisément pourquoi le droit isole ainsi et parcourt successivement les diverses qualités qui entraînent des effets juridiques. Étudier l'homme dans sa réalité concrète et vivante serait chose impossible. Dans un but de simplification et de clarté, il a fallu procéder par voie d'analyse, comme si un individu pouvait être père de famille et rien que père de famille, tuteur et rien que tuteur, etc. C'est en définitive la méthode que l'on suit

(1) Ce brocard n'était pas vrai dans l'ancien droit civil (Inst., pr., *De bon. poss.*, III, 9).

(2) *Persona* désigne proprement le masque des acteurs. Ce masque avait une seule ouverture correspondant à la bouche et par où le son de la voix s'échappait (*per sonare*) (Aul.-Gell., V, 7).

dans les sciences naturelles, lorsque l'on fait des classifications. La mission du praticien, l'art et non plus la science du droit, consistera à appliquer aux individus vivants les règles générales déduites de la conception abstraite de la personne, et la difficulté de cette application résultera surtout du cumul de plusieurs rôles juridiques dans la même personne réelle, et de leur intervention simultanée dans un même fait complexe.

II. — DIVISIONS ET SUBDIVISIONS DES PERSONNES.

35. Les personnes, telles qu'elles ont été définies en second lieu, se divisent ainsi qu'il suit :

1° Toutes les personnes sont libres ou esclaves (Inst., pr., *De jur. pers.*, I, 3). Cette division comprend le genre humain tout entier, mais je ne l'étudierai qu'au point de vue des Romains. Il s'agit seulement de savoir qui est libre et qui est esclave d'après leur législation.

1° *bis*. Les personnes libres se subdivisent en *cives Romani* et *non cives Romani*. Ces dernières se partagent elles-mêmes en plusieurs catégories, et de là l'expression vague que j'emploie.

1° *ter*. Les personnes libres se subdivisent encore en ingénus et affranchis (Inst., § 5, *De jur. pers.*, I, 3). Bien que cette subdivision comprenne tous les hommes libres, Romains ou non, il y a peu d'intérêt, au point de vue romain, à distinguer entre un étranger ingénu et un étranger affranchi (1). La distinction doit donc être posée entre les ingénus romains d'une part, et, d'autre part, les affranchis qui tiennent leur liberté soit d'un citoyen romain, soit d'une personne investie partiellement du droit de cité.

2° Toutes les personnes sont ou *alieni juris* ou *sui juris* (Inst., pr., *De his qui sui vel al. jur.*, I, 8).

2° *bis*. Les personnes *alieni juris* se subdivisent en esclaves, fils de famille, personnes libres *in mancipio*, et femmes *in manu*. Ces trois dernières catégories ne sont reconnues par la loi romaine que chez les Romains eux-mêmes.

2° *ter*. Les personnes *sui juris* se subdivisent en deux catégories : les unes sont en tutelle ou en curatelle ; les autres sont pleinement indépendantes.

A l'examen détaillé de ces divisions et subdivisions il faudra joindre

(1) Cependant il paraît que la législation romaine reconnaissait le *ius patronatus* d'un pérégrin *manumissor* (n° 179).

l'étude des causes qui, juridiquement, anéantissent ou transforment la personnalité des individus. Dès lors, ayant vu vivre et mourir les personnes réelles, on en possédera la théorie complète. Je la ferai suivre d'une notion tout à fait sommaire des personnes morales.

DIVISION GÉNÉRALE DES PERSONNES EN PERSONNES LIBRES ET EN ESCLAVES.

SOMMAIRE : I. Définition et origine de l'esclavage. — II. Quelles personnes sont esclaves. — III. De la condition des esclaves. — IV. Comment de l'esclavage on passe à la liberté.

I. — DÉFINITION ET ORIGINE DE L'ESCLAVAGE.

Lib. I, tit. I, *De jure personarum*, pr. (suite). — Summa itaque divisio de jure personarum (1) hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi (Gaius, I, § 9).

§ — 1. Et libertas quidem, ex qua etiam liberi vocantur, est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet (2), nisi si quid aut vi aut jure prohibetur (Florent., L. 4 pr., *De stat. hom.*, I, 5).

§ 2. — Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur (Florent., L. 4 § 1, *De stat. hom.*).

§ 3. Servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere, ac per hoc servare (3), et non occidere solent : qui etiam mancipia (4) dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiuntur (Florent., L. 4 §§ 2 et 3, *De stat. hom.*).

Donc la division fondamentale en ce qui concerne la condition juridique des personnes, c'est que tous les hommes sont ou libres ou esclaves.

La liberté (d'où l'on a fait le mot libres) est la faculté naturelle de faire tout ce que l'on veut, sauf les obstacles résultant de la force ou du droit.

Quant à la servitude, c'est une institution du droit des gens, par laquelle, contrairement à la nature, une personne est soumise au droit de propriété d'une autre.

Les esclaves ont tiré leur nom de ce que les chefs militaires ont l'habitude de vendre les captifs, et par là de leur conserver la vie au lieu de les tuer. On les appelle aussi *mancipia*, parce que les ennemis les prennent avec la main.

(1) L'expression *jus personarum*, employée pour signifier la condition juridique ou légale des personnes, a deux synonymes, *status* (Gaius, 1, § 89. — L. 2, *De stat. hom.*, I, 5), et *conditio* (Gaius, I, §§ 29 et 30. — Ulp., V § 8. — Inst., § 5, *De jur. pers.*).

(2) *Quid est libertas?* dit Cicéron. *Potestas vivendi ut velis* (*Parad.*, V, 1).

(3) D'après cette étymologie, *servus* serait une contraction du participe *servatus*. Il est beaucoup plus probable que *servus* vient du même radical que *servire*.

(4) Je crois que les Institutes se trompent ici. *Mancipium* a bien pour étymologie

36. L'esclavage ou servitude s'analyse en un droit de propriété que la loi reconnaît à un homme sur un autre homme. D'où il résulte que la liberté consiste simplement à n'être la propriété de personne. Les Institutes, en voulant, bien inutilement, la définir, tombent dans une double confusion entre la liberté, antithèse de l'esclavage, et la liberté soit physique, soit politique ou civile. Je voudrais voyager, mais je suis enfermé entre les quatre murs d'une prison ; je ne suis pas pour cela compté au rang des esclaves. Je voudrais pratiquer publiquement tel culte, faire telle publication ou tel contrat; mais je rencontre une prohibition dans la loi; cela ne fait pas que je sois la propriété d'autrui. A prendre au pied de la lettre la définition des Institutes, on arriverait sans subtilité à dire que tous les esclaves sont libres : car, d'où dérive l'obstacle à l'exercice de leurs facultés naturelles, si ce n'est de la loi qui consacre leur condition et qui autorise le maître à les y maintenir par la force?

A. L'esclavage n'a pas toujours existé, Justinien le constate lui-même (Inst., § 2, *De jur. nat.*, I, 2), et il y reconnaît, d'accord avec les jurisconsultes classiques, une violation du droit naturel (§ 2 *sup.* — L. 64, *De cond. ind.*, XII, 6). Les Institutes (§ 3 *sup.*) le font dériver du droit qui appartient au vainqueur de tuer le vaincu prisonnier (1). Mais ce droit lui-même suppose préalablement admis que le vainqueur est propriétaire du captif. Justinien n'explique donc rien; il nous montre seulement le vainqueur préférant à un meurtre sans profit les services de l'homme qu'il tient en sa puissance. Je placerais plus volontiers l'origine de l'esclavage dans ce préjugé universel de l'antiquité qui reconnaissait aux vainqueurs un droit de propriété sur les choses prises aux vaincus (Inst., § 17, *De divis. rer.*, II, 1) (2). La brutalité des premiers conquérants ne fit pas de distinction entre les biens du vaincu et le vaincu lui-même. Quoi qu'il en soit, l'esclavage entra tellement dans les mœurs des peuples anciens, que le maintien de leurs sociétés cessa d'être conce-

manu capere; mais si les esclaves sont appelés *mancipia*, ce n'est pas par allusion aux prisonniers de guerre, c'est plutôt parce que les esclaves sont *res mancipi* et s'aliènent par la solennité de la mancipation ou *mancipium* (Cic., *Parad.*, V, 1). Probablement même, *mancipium* a dû ne s'appliquer dans le principe qu'à des esclaves achetés ou autrement acquis, par opposition à *verna*, esclave né à la maison.

(1) En l'an de Rome 401 nous voyons les Romains user de ce droit, par représailles, contre un peuple étrusque (Tit.-Liv., VII, 19).

(2) C'est bien là l'idée qu'exprime une constitution de Constantin : *Libertatem victis hostibus victorum dominatio abstulit* (L. 5 § 5, C. Th., *De lib. caus.*, IV, 8).

vable sans cette institution, et c'est pourquoi de grands esprits, aveuglés par la puissance du fait, n'hésitèrent pas à le justifier (Arist., *Polit.*, lib. I, cap. v).

II. — QUELLES PERSONNES SONT ESCLAVES.

Lib. I, tit. III, *De jure personarum*, § 4. — Servi aut nascuntur aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate; aut jure civili, quum liber homo, major viginti annis, ad pretium participandum sese venumdari passus est (Marcian., L. 5 § 1, *De stat. hom.*, I, 5).

Les esclaves naissent tels ou le deviennent. Ils naissent de nos esclaves du sexe féminin. Ils le deviennent ou par le droit des gens, c'est-à-dire par la captivité, ou par le droit civil, lorsqu'un homme qui a dépassé vingt ans se laisse vendre pour partager le prix.

Lib. I, tit, IV, *De ingenuis*, pr. — Ingenuus est is qui, statim ut natus est, liber est, sive ex duobus ingenuis matrimonio editus est, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino et altero ingenuo. Sed etsi quis ex matre libera nascatur, patre servo, ingenuus nihilominus nascitur, quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere qui in utero est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Marcellus (1) probat liberum nasci; sufficit enim ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse, quod verum

L'ingénu est celui qui, dès sa naissance, est libre, soit qu'il naisse du mariage de deux ingénus, de deux affranchis ou de deux personnes dont l'une est affranchie et l'autre ingénue. Mais celui-là même qui naît d'une mère libre et d'un père esclave, naît néanmoins ingénu; de même que l'enfant d'une mère libre et d'un père incertain, car ce dernier est l'œuvre de tout le monde. Mais il suffit que la mère ait été libre au moment de la naissance, quand même elle aurait conçu esclave. Et, à l'inverse, si elle a conçu libre, puis accouche devenue esclave, on admet que l'enfant vient au monde libre, parce que le malheur de sa mère ne doit pas lui nuire. Par suite, on s'est demandé si, en supposant qu'une esclave enceinte soit affranchie, puis retombe en esclavage et accouche, elle met au monde un enfant libre ou un esclave. Et Marcellus admet que l'enfant naît libre : il suffit, en

(1) Il faut probablement lire *Marcianus* : car c'est à ce jurisconsulte que le texte de Justinien a été emprunté.

est (Marcian., L. 5 §§ 2et 3, *De stat. hom.*).

effet, que la mère ait été libre à un moment intermédiaire, et c'est la vérité.

37. Justinien distingue parmi les esclaves ceux qui sont nés tels et ceux qui le sont devenus. Puis, parmi ces derniers eux-mêmes il fait une seconde distinction : les uns sont devenus esclaves *jure gentium*, les autres *jure civili* (§ 4 *sup.*). J'aime mieux, à l'exemple de Marcien (L. 5 § 1, *De stat. hom.*, I, 5), diviser toutes les causes d'esclavage en deux classes, les unes appartenant au *jus gentium*, les autres au *jus civile*.

Les premières sont la captivité et la naissance. Ce sont les plus anciennes et assurément les plus fécondes. La législation romaine reconnaît que la captivité rend tout aussi bien un Romain esclave des étrangers qu'un étranger esclave des Romains, et elle admet que partout la femme esclave transmet sa condition à ses descendants. Voilà en quel sens ces deux causes rentrent dans le *jus gentium*. Reste à préciser les conditions de leur application.

1° *Captivité.* — Entre les Romains et les peuples qui ne sont ni leurs amis, ni leurs hôtes, ni leurs alliés, le droit du plus fort ou du plus heureux règne d'une manière absolue. Donc, s'ils se font, même en temps de paix, des prisonniers, ces prisonniers sont légalement esclaves (L. 5 § 2, *De capt.*, XLIX, 15). Cette hypothèse écartée, pour que l'esclavage légal résulte du fait de la captivité, deux conditions sont nécessaires. Il faut 1° que le captif ait été pris dans une guerre de nation à nation. Pris par des brigands, par des pirates (1) ou dans une guerre civile, il reste libre en droit (L. 13 pr., *Qui test. fac.*, XXVIII, 1. — L. 19 § 2; L. 21 § 1, *De capt.*); 2° que cette guerre ait été l'objet d'une déclaration régulièrement faite ou reçue par les Romains (*justum bellum*) (L. 24, *De capt.*). De là la réglementation si minutieuse et l'observation si exacte des formes des déclarations de guerre (Aul.-Gell., XVI, 4. — Tit.-Liv., I, 32). Les Romains assuraient ainsi leur droit sur les prisonniers et sur toutes les choses prises à l'ennemi.

2° *Naissance.* — Quand il s'agit de savoir si un enfant naît libre ou esclave, il faut appliquer deux principes généraux dont voici la formule : 1° l'enfant, s'il a été conçu *ex justis nuptiis*, suit la con-

(1) Le pirate était considéré comme *communis hostis omnium* et ne comptait pas au nombre des *perduelles* ou ennemis réguliers (Cic., *De off.*, III, 29. — L. 24, *de capt.* — n° 49).

dition de son père; sinon, celle de sa mère; 2° la condition du père s'envisage au jour de la conception, parce que dès lors l'œuvre du père a été terminée; celle de la mère s'envisage au jour de l'accouchement, parce que jusque-là la vie de l'enfant dépend de la vie de la mère (Ulp., V, §§ 8 et 10) (1). — Les distinctions consacrées par ces deux principes ne présentent d'intérêt, quant au premier, que lorsque le père et la mère n'ont pas même condition; quant au second, que lorsque, dans l'intervalle de la conception à la naissance, leur condition a changé. Par application de ces principes, la femme qui a conçu *ex justis nuptiis* et qui accouche esclave, pareillement celle qui a conçu esclave et qui accouche devenue libre, mettent au monde un enfant libre (Gaius, I, §§ 91 et 88). La logique conduirait à décider aussi que la femme qui a conçu non mariée, mais libre, et qui accouche esclave, de même celle qui a conçu et accouche esclave, mais qui a joui de la liberté pendant une partie du temps intermédiaire, donnent l'une et l'autre le jour à un esclave. Mais l'empereur Adrien répudia cette logique inhumaine dans une espèce où il s'agissait d'une femme condamnée pendant sa grossesse à une peine emportant servitude (L. 18, *De stat. hom.*, I, 5); et sa décision, généralisée par les jurisconsultes (L. 5 §§ 2 et 3, *De stat. hom.* — Paul, II, 24 §§ 2 et 3), aboutit à la doctrine définitive que posent les Institutes (pr. *sup.*) : du moment que la femme aura été libre à un moment quelconque de la gestation, l'enfant naîtra libre; et il prendra, à tous les points de vue, la condition que sa mère avait à sa dernière minute de liberté (L. 4, *De pœn.*, C., IX, 47) (2). Nous trouvons ici un exemple de ces nombreuses déci-

(1) Ces mêmes principes servent à déterminer la nationalité de l'enfant, et d'une manière générale on les applique toutes les fois qu'il s'agit de fixer, à un point de vue quelconque, la condition originaire d'un individu. Par exemple un sénateur est exclu du sénat, puis il devient père. L'enfant est-il enfant de sénateur? Il faudra dire oui, si la conception a eu lieu en mariage légitime et avant l'exclusion du père (L. 7 § 1, *De senator*, I, 9). Pareillement, l'enfant non conçu *ex justis nuptiis* aura la même *origo* que sa mère, c'est-à-dire appartiendra à la même cité (L. 9, *Ad Mun.*, L, 1).

(2) Gaius signale trois autres exceptions aux principes généraux : 1° d'après une loi, dont le nom est illisible dans le manuscrit, l'enfant né des relations d'une *ancilla aliena* et d'un homme libre qui la croyait libre, n'était esclave qu'autant qu'il appartenait au sexe féminin. Il y avait là un défaut de logique (*juris inelegantia*). Vespasien rétablit l'application de la règle d'après laquelle l'enfant mâle lui-même devait naître esclave (Gaius, I, § 85); 2° si une femme libre avait commerce avec un *servus alienus* dont elle connût la condition, la loi qui vient d'être citée voulait qu'en principe l'enfant issu de ce commerce naquît esclave; mais il paraît que cette loi n'était pas applicable dans toute l'étendue de l'empire (Gaius, 1, § 86);

sions par lesquelles le législateur romain aimait à déroger au droit commun dans un esprit de faveur pour la liberté (Inst., § 4 *in fin.*, *De donat.*, II, 7).

38. Quant aux causes d'esclavage qui dérivent du *jus civile*, voici, en nous plaçant à l'époque classique, les principales (1) :

1° C'étaient d'abord les condamnations *ad metallum* (2) ou *ad bestias*, et peut-être toutes les condamnations à mort (3). L'esclavage n'était encouru qu'au moment où la condamnation devenait définitive par l'expiration du délai d'appel ou par le rejet de l'appel. De tels esclaves s'appelaient *servi pœnæ*, parce que, n'ayant pas véritablement de maître, ils étaient considérés comme soumis à leur seul châtiment (Inst., § 3, *Quib. mod. jus pot.*, I, 12. — L. 2 § 2, *De pœn.*, XLVIII, 19). Constantin défendit les combats de gladiateurs et remplaça la condamnation *ad bestias* par la condamnation *ad metallum* (L. 1, C. Th., *De glad.*, XV, 12. — L. 1, C., *De glad.*, XI, 43) (4). Quelque humaine

3° aux termes du sénatus-consulte Claudien, lorsqu'un maître donnait son consentement aux relations de son esclave avec une *civis Romana*, il pouvait y mettre pour condition que les enfants naîtraient esclaves et lui appartiendraient. Il y avait là, outre le même défaut de logique, une violation de cette règle que l'état des personnes ne saurait faire l'objet d'une convention privée (L. 37, *De lib. caus.*, XL, 12). Aussi Adrien, revenant à la règle du *jus gentium*, voulut qu'en toute hypothèse l'enfant naquît libre (Gaius, I, § 84).

(1) Dans le très-ancien droit, devenaient esclaves *jure civili* les individus suivants : 1° et 2° ceux qui ne s'étaient pas fait inscrire sur les registres du cens ou qui avaient refusé le service militaire. Ils étaient vendus au profit du peuple (Cic., *pro Cecina*, 34. — Tit.-Liv., I, 44. — Denys d'Hal. IV, 15) ; 3° le débiteur condamné qui n'avait pas exécuté la condamnation dans le délai légal (nos 745 et 780) ; 4° le *fur manifestus* ou voleur pris en flagrant délit (n° 668). — De ces quatre causes d'esclavage, les deux premières paraissent remonter à Servius Tullius, les deux dernières furent consacrées par les Douze Tables. Les deux premières disparurent sous l'empire, parce que l'usage du cens cessa et que l'armée se recruta surtout par voie d'enrôlements volontaires (L. 4 § 10, *De re milit.*, XLIX, 16). La troisième tomba en désuétude et la quatrième fut supprimée par le préteur. Du reste, même pour l'époque classique, l'énumération que je vais faire ne sera pas absolument limitative (L. 1, *De coll. det.*, XL, 16).

(2) Il faut comprendre sous cette expression la condamnation *ad opus metalli*. Entre cette peine et le *metallum*, il n'y a que deux différences très-insignifiantes relatives l'une au poids des chaînes, l'autre à l'aggravation de peine qu'emporte l'évasion (L. 8 § 6, *De pœn.*, XLVIII, 19. — L. 5 § 3, *De extr. cognit.*, L, 13).

(3) Je fonde cette conjecture sur un rescrit d'Adrien, aux termes duquel l'enfant né d'une femme condamnée à mort est libre. Cette décision serait inutile si les condamnations à mort n'emportaient pas esclavage (L. 18, *De stat. hom.*, I, 5).

(4) Il est probable que la constitution de Constantin ne fut pas bien observée, car nous voyons, en l'an 365, l'empereur Valentinien Ier exempter les chrétiens de la condamnation *ad bestias* (L. 8, C. Th., *De pœn.*, IX, 40), et plus tard, l'empereur

que fût cette mesure, elle ne diminuait en aucun façon le nombre des esclaves. Mais, postérieurement aux Institutes, Justinien, dans le but chrétien d'empêcher la dissolution du mariage, décida que le condamné *ad metallum* conserverait, en droit, sa qualité d'homme libre (Nov. 22, cap. 8). Cette décision, moins favorable au condamné que gênante pour son conjoint, fut probablement étendue dans la pratique à toutes les condamnations qui jusque-là emportaient perte de la liberté.

2° D'après le sénatus-consulte Claudien, la femme libre qui, connaissant sa condition, entretenait des relations avec l'esclave d'autrui (*contubernium*), et y persistait nonobstant trois sommations (*denuntiationes*) à elle faites par le propriétaire, perdait au profit de ce dernier sa liberté et ses biens (1). Un décret du magistrat intervenait pour prononcer l'application de ces peines (Paul, II, 21ª 1, et 17). Ce sénatus-consulte, essai de réaction violente contre une dégradation morale qu'il ne réussit pas à arrêter, fut rendu sur la proposition assez étrange de l'empereur Claude (2) et à l'instigation plus étrange encore de l'affranchi Pallas (Tacit., *Annal.*, XII, 53). Justinien le supprima comme contraire aux idées religieuses de son temps (L. unic., C., *De sct. Claud. toll.*, VII, 24. — Inst., § 1, *De succ. subl.*, III, 12).

3° Les affranchis, tenus par la loi dans une étroite dépendance de leurs patrons, devenaient quelquefois, par réaction, les ennemis de ceux à qui ils devaient la liberté. L'abus que certains patrons faisaient de leurs droits et l'idée de jour en jour plus populaire de l'égalité originaire des hommes, encourageaient dans cette voie des natures que leur condition première avait souvent inclinées à des sentiments peu dignes. Sous le règne d'Auguste, la loi *Ælia Sentia*, tout en respectant

Honorius défendre les combats de gladiateurs (Prudent., *Adv. Symm.*, II, *in fine*). Du reste, même sous Justinien, l'on voit encore des hommes combattre avec les bêtes féroces; mais ce sont des volontaires et non des condamnés (Nov. CV., cap. 1).

(1) Les enfants déjà conçus de ce commerce devaient régulièrement naître esclaves. Ils naquirent libres, quand on eut admis que la liberté de la mère, à un moment quelconque de la gestation, entraînait la liberté de l'enfant.

(2) L'application du sénatus-consulte rencontra peut-être quelque résistance; aussi paraît-il qu'il fut renouvelé quelque temps après sur la proposition de Vespasien (Suétone, *Vesp.*, 11). Au surplus, des motifs de convenance en empêchent l'application lorsque le *servus alienus* appartient au fils ou à l'affranchi de la femme coupable : on ne veut pas qu'elle devienne l'esclave de son fils ou de son affranchi. Le sénatus-consulte cesse aussi quand la femme est *filiafamilias* et que son père a tout ignoré, car il ne dépend pas des enfants de dissoudre à leur gré la puissance paternelle. Enfin, si elle est affranchie, et que son patron n'ait pas connu les faits, c'est sous la puissance du patron qu'elle tombe, parce que celui-ci ne peut pas être dépouillé malgré lui de ses *jura patronatus* (Paul, II, 21ª §§ 6, 9, 13 et 16).

le principe de l'irrévocabilité de la liberté une fois acquise, organisa un mode de répression contre les affranchis ingrats. Le patron put les faire condamner à la relégation au delà de vingt milles de Rome (*ultra vicesimum lapidem*). Plus tard on les condamna aux carrières (*lautumiæ*), et finalement la peine fut laissée à la discrétion du *præfectus urbi* ou du *præses provinciæ* (Tacit., *Annal.*, XIII, 26. — L. 70 pr., *De verb. signif.*, L., 16. — Dosith., *Div. Adr. Sent.*, § 3. — L. 1 § 10, *De offic. præf. urb.*, I, 12). L'empereur Claude, faisant le premier pas dans un système plus radical, décida que l'affranchi qui par une action en justice mettrait en question l'état de son patron redeviendrait l'esclave de ce dernier (L. 5 pr., *De jur. patr.*, XXXVII, 14. — Suét., *Claud.*, 25). Sous Néron, quelques sénateurs proposèrent d'admettre en règle générale que la liberté pourrait être révoquée pour ingratitude, mais le conseil du prince s'opposa à la présentation d'un sénatus-consulte, et Néron décida que le sénat statuerait en fait sur les plaintes des patrons sans que les principes généraux du droit fussent en rien modifiés (Tacit., *Ann.*, XIII, 26 et 27). Cette modification fut l'œuvre de l'empereur Commode (L. 6 § 1, *De agn. et al. lib.*, XXV, 3), et elle subsiste encore sous Justinien (Iust., § 1, *De cap. dem.*, I, 16). Elle consiste à faire retomber l'affranchi ingrat sous la puissance de son ancien maître. Mais pour cela trois conditions sont exigées : 1° Il faut que l'affranchissement ait été spontané. Si, en effet, le maître n'a fait qu'exécuter une obligation, ce n'est pas à lui que l'affranchi doit le bienfait de la liberté (L. 1, C., *De lib. et lib. eor.*, VI, 7). 2° Il faut que l'ingratitude s'accuse par des actes ou des négligences graves, tels que des violences matérielles ou un refus d'aliments. Mais on ne tient pas pour ingrat l'affranchi qui manque simplement de reconnaissance ou qui use de sa liberté contrairement aux désirs de son patron (L. 30, C., *De lib. caus.*, VII, 16. — L. 6 § 1, *De agn. et al. lib.* — L. 11, *De obs.*, XXXVII, 15). 3° Il faut que sur la plainte du patron les faits aient été constatés et la révocation de la liberté prononcée par sentence du magistrat (L. 2, C., *De libert. et lib. eor.*). Depuis la constitution de Commode, le patron qui avait des griefs sérieux put donc choisir entre le recouvrement de ses droits de propriétaire ou l'application d'une peine sans préjudice du maintien de la liberté (1).

4° Le principe de l'inaliénabilité de la liberté avait suggéré, la misère

(1) Par deux constitutions du Bas-Empire (en 423 et 426) la décision de Commode fut étendue au cas d'ingratitude de l'affranchi envers les héritiers du patron ou des enfants de l'affranchi envers le patron (L. 3 et 4, C., *De libert. et lib. eor.*, IV, 7).

aidant, l'idée de la spéculation suivante : deux escrocs s'associaient, l'un se faisant passer pour le maître, l'autre pour l'esclave. Ce dernier se laissait vendre à un homme de bonne foi; puis, le prix payé et partagé entre les deux compères, le prétendu esclave réclamait sa liberté, et sa réclamation triomphait nécessairement. L'acheteur ainsi trompé avait bien contre le vendeur les actions résultant de la vente, et contre la personne vendue une action prétorienne *in factum* ayant pour objet le double du préjudice éprouvé (L. 14 pr. ; L. 18 pr., *De lib. caus.*); mais contre des gens aussi dépourvus de fortune que de probité, c'étaient là des ressources illusoires. Aussi, pour prévenir ou réprimer à coup sûr de pareilles fraudes, l'on admit, et tel est encore le droit de Justinien (§ 4 *sup.*), que l'acheteur deviendrait effectivement propriétaire de la personne vendue. Une décision de Quintus Mucius Scévola, l'un des maîtres de Cicéron, permet de croire que cette dérogation aux principes était déjà en vigueur au dernier siècle de la république (L. 23 pr., *De lib. caus.*, XL, 12.) Mais la matière ne reçut une organisation définitive que sous l'empire, et cela par des sénatus-consultes au nombre desquels figure peut-être le sénatus-consulte Claudien (LL. 3 et 5, *Quib. ad lib. procl.*, XL, 13). Quoi qu'il en soit de ce détail historique, l'esclavage n'est encouru que moyennant le concours des quatre conditions suivantes : 1° mauvaise foi du vendeur et de la personne vendue (1); 2° bonne foi de l'acheteur, sinon il ne subit qu'un préjudice volontaire (L. 7 § 2 ; L. 33, *De lib. caus.*) (2); 3° payement effectif du prix. Jusque-là nul préjudice pour l'acheteur, qui reste libre de garder son argent; 4° partage réel du prix entre le vendeur et le vendu, mais après que celui-ci a atteint sa vingtième année, soit qu'elle fût ou non révolue au jour de la vente (L. 7 § 1, *De lib. caus.*) (3).

(1) Si la personne vendue se croyait vraiment esclave, et que le vendeur ou l'acheteur eussent été de mauvaise foi, ils auraient commis le crime appelé *plagium* (Inst., § 10, *De publ. jud.*, IV, 18. — L. 1, *De leg. Fav.*, XLVIII, 15).

(2) Ces textes décident que, si l'acheteur de mauvaise foi a revendu à une personne de bonne foi, l'esclavage sera dès lors encouru. Il en serait de même si la vente était faite à deux acheteurs dont un seul serait de bonne foi. Mais celui-ci aurait-il acquis la propriété exclusive, ou bien l'esclave serait-il indivis entre les deux acquéreurs? Les textes cités prouvent que Paul et Ulpien étaient en dissidence sur ce point. Au surplus, on tient tellement à protéger la bonne foi de l'acquéreur, que l'homme libre qui se laisserait comprendre dans une constitution de gage ou de dot, même dans une donation entre-vifs, deviendrait esclave (L. 23 § 1, *De lib. caus.*). Si donc les textes se réfèrent presque toujours à une vente, c'est qu'ils envisagent surtout l'hypothèse la plus pratique.

(3) Toutes les fois que, grâce à l'absence de l'une de ces deux dernières condi-

Je termine par deux observations essentielles : 1° Dans tous les cas où l'esclavage est encouru *jure civili*, il constitue la peine d'un acte coupable ou immoral, par conséquent d'un acte volontaire. L'aliénation indirecte de la liberté est donc admise dans une certaine mesure, et en effet nous lisons dans Cicéron (*Pro domo*, 29) : *Nemo libertatem potest amittere, nisi ipse auctor factus sit*. Ce que les Romains repoussent absolument, ce sont les conventions qui auraient pour objet direct de faire tomber une personne en esclavage. Ainsi ils n'admettent pas, comme le faisaient les Germains (Tacit., *Germ.*, 24), que l'on joue sa liberté. 2° Les quatre causes d'esclavage qui viennent d'être expliquées appartiennent, je l'ai dit d'après Marcien, au *jus civile*, et cela signifie certainement qu'elles sont des créations particulières de la loi romaine et qu'elles ne peuvent faire acquérir un esclave qu'à un Romain. Mais cela signifie-t-il aussi qu'elles ne puissent pas faire tomber en esclavage un pérégrin? Je suis fort porté à croire que ce serait là une proposition trop absolue, et que le pérégrin qui encourt une condamnation *ad metallum* ou *ad bestias* ou qui se laisse vendre à un Romain *ad participandum pretium* devient esclave.

III. — DE LA CONDITION DES ESCLAVES.

Lib. I, tit. III, *De jure personarum*, § 5. — In servorum conditione nulla est differentia (Marcian., L. 5 pr., I, 5, *De stat. hom.*).

Dans la condition des esclaves il n'y a aucune différence.

Lib. I, tit. VIII, *De his qui sui vel alieni juris sunt*, § 1. — In potestate itaque dominorum sunt servi. Quæ quidem potestas juris gentium est : nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur (Gaius, I, § 52).

Donc les esclaves sont en la puissance de leurs maîtres. Et cette puissance est du droit des gens : car nous pouvons remarquer que chez toutes les nations également les maîtres ont sur leurs esclaves le droit de vie et de mort, et que tout ce qui est acquis par l'esclave est acquis par le maître.

§ 2. Sed hoc tempore nullis hominibus qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cog-

Mais aujourd'hui, il n'est plus permis à aucun de nos sujets d'exercer sans motif légal une sévérité outrée

tions, la personne vendue ne devient pas esclave, sa mauvaise foi la soumet à une action *in factum* envers l'acheteur de bonne foi (L. 14 pr. et § 1, *De lib. caus.*, XL, 12).

nita, in servos suos supra modum sævire : nam ex constitutione divi Pii Antonini, qui sine causa servum suum occiderit non minus puniri jubetur quam qui alienum servum occiderit. Sed et major asperitas dominorum ejusdem principis constitutione coercetur; nam consultus a quibusdam præsidibus provinciarum de iis servis qui ad ædem sacram vel ad statuas principum confugiunt (1), præcepit ut, si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur; et recte : expedit enim reipublicæ ne quis sua re male utatur (2). Cujus rescripti ad Ælium Marcianum emissi verba sunt hæc : « dominorum quidem potestatem » in servos suos illibatam esse » oportet, nec cuiquam hominum » jus suum detrahi; sed domino- » rum interest, ne auxilium contra » sævitiam, vel famem, vel intolera- » bilem injuriam denegetur iis qui » juste deprecantur. Ideoque co- » gnosce de querelis eorum qui ex » familia Julii Sabini ad statuam » confugerunt; et, si vel durius ha- » bitos quam æquum est, vel in- » fami injuria affectos cognoveris, » veniri jube ita ut in potestatem

contre ses esclaves : en effet, en vertu d'une constitution du divin Antonin le Pieux, celui qui a tué son esclave sans motif doit être puni comme celui qui aurait tué l'esclave d'autrui. Mais même la trop grande sévérité des maîtres est réprimée par une constitution de ce prince. Consulté, en effet, par certains présidents de provinces touchant les esclaves qui cherchent un refuge dans un temple sacré ou auprès des statues des princes, il décida que, lorsque la dureté des maîtres paraîtrait intolérable, on les forcerait de vendre leurs esclaves à de bonnes conditions, de telle sorte que le prix en fût compté aux maîtres; et c'est avec raison : car il importe à l'intérêt public que nul n'abuse de sa propriété. Le rescrit adressé par ce prince à Ælius Marcianus est ainsi conçu : « Il faut » sans doute que la puissance des » maîtres sur leurs esclaves demeure » entière et que tout homme garde » la plénitude de son droit; mais » il importe aux maîtres qu'une » protection contre leur cruauté, » contre la faim ou des injures into- » lérables ne soit pas refusée à ceux » qui la sollicitent légitimement. » Examine donc les griefs de ceux

(1) On trouve là une application du droit d'asile, droit étrange qui protége tout à la fois l'innocence contre la force et le crime contre la justice. Les empereurs chrétiens le réglementèrent avec soin (*De his qui ad eccl. conf.*, C., I, 12. — C. Th., IX, 45). Mais il existait bien avant eux. Sous Tibère le sénat s'en occupa longuement (Tacit., *Ann.*, III, 60 et s.), et un texte d'Ulpien nous apprend que les esclaves qui en usaient n'étaient pas réputés *fugitivi* (L. 17 § 12, *De æd. ed.*, XXI, 2).

(2) Gaius fonde sur le même motif les restrictions apportées à la puissance du maître et les lois qui donnent des curateurs aux prodigues (Gaius, II, § 53). Dans les deux cas l'intérêt public veut qu'on empêche le propriétaire d'abuser de son droit.

» domini non revertantur. Qui si » meæ constitutioni fraudem fece- » rit, sciet me admissum severius » exsecuturum » (Gaius, I, § 53. — Ulpian., L. 2, *De his qui sui vel alien. jur.*, I, 6).

» des esclaves de Julius Sabinus » qui se sont réfugiés auprès de ma » statue; et si tu reconnais qu'ils » ont été traités plus durement que » l'équité ne le permet, ou soumis » à des actes infâmes et outrageants, » fais-les vendre avec cette condi- » tion que jamais ils ne retombent » sous la puissance du même maî- » tre. Et si Sabinus cherche à élu- » der ma constitution, qu'il le sache, » je punirai sévèrement son délit. »

39. La condition légale de l'esclave doit d'abord être envisagée en elle-même, soit qu'il ait un maître, soit qu'il n'en ait pas. Or, à ce point de vue, elle se résume en quelques propositions aussi simples que brutales : 1° L'esclave n'est pas membre de la cité, donc ne peut ni aspirer aux magistratures (1), ni figurer dans l'armée (2). 2° Il n'y a pour lui ni famille ni mariage. En fait, il a bien un père et une mère, il peut aussi avoir une femme et des enfants; mais ce ne sont là que des faits à peu près dépourvus de conséquences légales (n°s 100 et 101). 3° L'esclave n'a ni droits de propriété, ni droits de créance, plus généralement il n'a pas de patrimoine actif (L. 182, *De verb. sign.*, L, 16.) 4° Il n'a pas non plus de patrimoine passif, en d'autres termes il ne peut contracter aucune obligation personnelle. On admet seulement qu'il s'oblige par ses délits, et encore cette obligation ne produit-elle d'effets à son égard que le jour où il devient libre (L. 14, *De obl. et act.*, XLIV, 7). 5° Il ne peut figurer dans une action en justice ni comme demandeur, ni comme défendeur (Gaius, II, § 96. — L. 107, *De reg. jur.*, L, 17). 6° Enfin l'esclave n'a pas de *sacra privata*, c'est-à-dire pas de culte qui lui soit propre, et il est à peu près exclu du culte de la cité (3).

(1) Il y a à cet égard un texte célèbre d'Ulpien (L. 3, *De off. præt.*, I, 14). Un esclave fugitif nommé Barbarius Philippus avait réussi, passant pour libre, à se faire nommer préteur. On se demanda si les actes de sa préture devaient être déclarés nuls, et cette rigueur, qui eût été logique, mais préjudiciable à beaucoup d'intérêts privés, ne fut point admise. De là le brocard : *Error communis facit jus.*

(2) Valère Maxime (VII, 6, 1) rapporte que dans le cours de la seconde guerre punique l'enrôlement des esclaves fut ordonné par le sénat. Voir aussi Tite-Live (XXIV, 14 à 16).

(3) J'évite à dessein d'employer une formule absolue, car d'après Denys d'Hali-

De tous ces principes, le dernier est le seul qui ait disparu dans le droit de Justinien : le christianisme, en effet, n'avait pas distingué entre l'homme libre et l'esclave, il imposait à tous les mêmes obligations et à tous faisait les mêmes promesses.

Que si nous passons aux rapports de l'esclave avec son maître, la législation n'est pas moins simple. Trois propositions la résument : 1° Le maître dispose absolument de la personne de ses esclaves; il a sur eux le droit de vie et de mort (§ 1 *sup.*). 2° L'esclave, incapable d'acquérir pour lui-même, est un instrument d'acquisition pour son maître : il peut le rendre propriétaire et créancier (n°s 295 et 686). 3° Il ne peut jamais l'obliger, si ce n'est par ses délits, et encore l'obligation du maître se réduit-elle à faire l'abandon de l'esclave délinquant à la personne lésée.

Tels sont les principes du droit primitif. Dans la législation de Justinien, le second seul est encore intact. Nous verrons plus loin que le préteur avait apporté au troisième plusieurs exceptions aussi équitables qu'utiles (Inst., *Quod cum eo contr.*, IV, 7). Quant au premier, le droit civil lui-même l'avait profondément modifié, presque supprimé. Il faut dès à présent connaître les causes et la nature de ces modifications.

40. En consacrant le droit de vie et de mort, la loi ne se proposait pas de justifier l'arbitraire et les cruautés du maître : elle lui confiait plutôt l'exercice d'une magistrature domestique. Ainsi l'entendait Caton l'Ancien, lui qui, au rapport de Plutarque, ne fit jamais mourir un de ses esclaves sans avoir pris l'avis des autres. Ce même Plutarque atteste (*Vie de Coriolan*, 24) que les premiers Romains traitaient leurs esclaves avec douceur; et cela s'explique non-seulement par l'intérêt matériel qu'ils avaient à ménager une valeur pécuniaire, mais par l'origine même de ces esclaves, tous nés à la maison ou captifs appartenant à des peuples voisins ou congénères (Tac., *Ann.*, XIV, 44). Après les grandes conquêtes de Rome, l'esclavage se recrutant surtout d'étrangers et même de barbares, la distance entre le maître et les esclaves s'agrandit, et ceux-ci eurent à souffrir d'appartenir à des nations que Rome méprisait ou redoutait. C'est alors que, dans un milieu de jour en jour plus corrompu,

carnasse (IV, 14), les esclaves participaient à la fête des dieux lares appelée *compitalia*. Une autre fête, celle des saturnales, qui avait lieu au mois de décembre, paraît avoir été particulièrement la fête des esclaves. On y célébrait l'égalité qui avait régné, disait-on, au temps de Saturne (Macrob., *Sat.*, I, 7. — Horace, *Sat.*, II, 7)

se développèrent les conséquences logiques d'un principe qui avait pu d'abord paraître inoffensif. L'esclave de l'un ou de l'autre sexe n'eut plus le droit de conserver des mœurs honnêtes en présence du caprice du maître; et tout le monde connaît le nom de cet ami d'Auguste, Védius Pollio, qui, pour la plus légère faute, faisait jeter un esclave en pâture à ses murènes (Pline l'Ancien, IX, 39. — Sénèque, *De ira*, III, 40; *De clem.*, I, 18 (1). De tels abus ne choquaient pas seulement les sentiments d'humanité; ils inquiétaient le patriotisme de ceux qui n'avaient pas perdu le souvenir des guerres serviles. Aussi déterminèrent-ils chez les moralistes et les philosophes un courant d'idées favorable aux esclaves. Cicéron veut qu'on les traite avec autant d'égards que des hommes libres salariés (Cic., *de Off.*, I, 13), et il déclare qu'il y a souvent injustice à les tuer (*Parad.*, III, 2). Horace veut qu'on sache leur pardonner une faute (*Epist.*, II, 2, v. 133; *Sat.*, I, 3, v. 80 et s.). Sénèque va plus loin : dans une éloquente épître (47) il ruine le principe même de l'esclavage en développant ces idées devenues banales, que la nature a fait les hommes égaux, que la servitude légale n'est qu'un malheur, et que la honte est toute dans cette servitude volontaire par laquelle tant d'hommes libres descendent au-dessous de l'esclave (2).

Ces mêmes idées se traduisirent dans la législation classique par les décisions suivantes :

1° Une loi *Petronia*, rendue sous Auguste ou sous Néron, décida que le maître ne pourrait plus, sans une cause légitime vérifiée par le magistrat, livrer son esclave pour le faire combattre contre les bêtes féroces (L. 11 § 2, *Ad leg. Cornel. de sic.*, XLVIII, 8). De là Marc-Aurèle conclut à la nullité de cette clause quelquefois insérée dans les ventes d'esclaves, *ut cum bestiis pugnarent* (L. 42, *De contr. empt.*, XVIII, 1).

2° Quelques maîtres avares ayant mieux aimé exposer dans le temple d'Esculape des esclaves malades, que de les soigner, Claude décida que le maître qui abandonnerait son esclave *ob gravem infirmitatem* le rendrait libre et Latin Junien, et que celui qui le tuerait au lieu de le délaisser serait puni comme meurtrier (Suet., *Claud.*, 25. — L. 2, *Qui sine man.*, XL, 8. — L. unict. § 4, C., *De Lat. lib. toll.*, VII, 6).

(1) On pourrait multiplier les exemples de cruauté à l'égard des esclaves (Cic., *pro Cluent.*, 66. — Suet., *Caligula*, 32).

(2) Le même Sénèque (*Epist.*, 31) dit : *quid est eques romanus, quid libertinus aut servus? Nomina ex ambitione aut ex injuria nata.* Il faut lire aussi un remarquable passage du traité *De beneficiis* (III, 18 à 29).

3° Domitien prohiba la castration des esclaves (Suet., *Domit.*, 7).

4° Adrien condamna à cinq ans de relégation une femme qui, pour des motifs frivoles, avait maltraité son *ancilla* (L. 2, *De his qui sui vel al. jur.*, I, 6). Et d'après son biographe Spartien (18), il défendit au maître, quelque grief que celui-ci alléguât, d'infliger la mort à un esclave sans décision du magistrat.

5° Enfin deux constitutions d'Antonin le Pieux (§ 2 *sup.* — *Coll. leg. mos.*, Tit. III, cap. 3) complétèrent les décisions de Claude et d'Adrien. Par l'une le maître qui tue son esclave sans cause est puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui. Or le meurtrier de l'esclave d'autrui était réputé meurtrier du maître lui-même (1). La seconde veut que le maître qui aura sans cause et sans mesure maltraité son esclave, ou par des violences matérielles, ou par des excès contraires aux bonnes mœurs, soit obligé de le vendre. C'est lui qui touchera le prix de la vente; mais le contrat ne pourra pas contenir de clause défavorable à l'esclave, telle que celles-ci : *ne manumittatur*, *ut prostituatur*, et il y sera exprimé que jamais le même maître ne pourra redevenir propriétaire de ce même esclave. Ainsi se trouvent respectés et conciliés les droits de l'un et de l'autre. Bien que l'empereur Antonin n'allègue, pour justifier ces décisions, que l'intérêt du maître lui-même, il est évident qu'il obéit à un motif bien supérieur, à un motif d'équité. C'est ce qui ressort de ces expressions de la seconde constitution *durius habitos quam æquum est*. Mais l'empereur ne pouvait pas attaquer le principe même de l'esclavage, ou bien il eût dû le supprimer, et il n'y a pas besoin de beaucoup de réflexion pour comprendre qu'une réforme si radicale et si brusque était pratiquement impossible.

Tels sont les adoucissements que les empereurs païens apportèrent à la condition de l'esclave. Les empereurs chrétiens y ajoutèrent peu de chose. Ils s'appliquèrent plutôt à multiplier les causes d'acquisition de la liberté qu'à améliorer le sort des esclaves. Cependant il faut signaler une importante décision de Constantin : ce prince défend l'exposition des enfants même esclaves, fait rare autrefois,

(1) La peine était la déportation pour les *homines honesti*, la mort pour les *homines humiles* (L. 3 § 5, *Ad leg. Corn. de sic.*, XLVIII, 8). Constantin, par une singulière interprétation de la constitution d'Antonin, voulut que le maître ne fût réputé meurtrier que lorsqu'il aurait tué son esclave sur le coup (L. unic., C., *De emend. serv.*, IX, 14). Assurément l'empereur chrétien n'était pas en progrès sur l'empereur païen.

mais rendu plus fréquent par la misère du Bas-Empire. Il veut de plus que l'*enfant* exposé appartienne à la personne qui l'aura recueilli et élevé (L. 1, C. Th., *De expos.*, V, 7).

41. Les esclaves, quoi qu'en disent les Institutes (§ 5 *sup.*), ne sont pas tous de même condition. Au point de vue du droit, il faut d'abord les diviser en deux classes : 1° les *servi sine domino.* — Ici figurent principalement les *servi pœnæ* dont j'ai déjà parlé (n° 38), les *servi derelicti* ou esclaves abandonnés par leur maître, et les *servi hereditarii*, lorsque l'hérédité dans l'actif de laquelle ils figurent ne trouve personne qui puisse ou qui veuille l'accepter (1). Ces esclaves ne peuvent réaliser aucune acquisition pour qui que ce soit, parce que la capacité active de l'esclave n'est jamais qu'une capacité d'emprunt et une émanation de celle du maître (L. 36, *De stip. serv.*, XLV, 3. — L. 17 pr., *De pœn.*, XLVIII, 19). Pareillement, il leur est assez difficile d'arriver à la liberté; car bien que l'on ait vu dans des cas tout à fait exceptionnels le peuple ou le magistrat déclarer libre l'esclave d'autrui, en principe il n'y a que le maître qui puisse affranchir, comme il n'y a que le propriétaire qui puisse aliéner (2). 2° Les esclaves qui ont un maître. — Ce sont certainement les plus nombreux de beaucoup, et sans nul doute c'est à eux seuls que se réfèrent la plupart des textes qui parlent des esclaves. Du reste il faut mettre à part, comme particulièrement favorisés, les *servi publici populi Romani*, c'est-à-dire les esclaves compris dans le domaine public du peuple romain (n° 197). Leur supériorité sur tous les autres consiste en ce qu'ils peuvent avoir un patrimoine. Cela résulte d'un texte d'Ulpien (XX § 16) qui leur reconnaît le droit de disposer par testament de la moitié de leurs biens. Maintenant laissons de côté ces esclaves privilégiés aussi bien que ceux qui n'ont pas de maître, et ne nous occupons plus que des autres, c'est-à-dire de la très-grande majorité.

Au point de vue du droit, la condition des esclaves qui ont un maître est absolument uniforme : elle se résume pour tous dans les règles que j'ai précédemment indiquées (n° 39). Mais en fait le maître, d'après

(1) Joindre un cas rare indiqué par Ulpien (I § 19).

(2) Anciennement, ces esclaves étaient presque toujours des prisonniers de guerre que le peuple avait gardés au lieu de les vendre. Assez souvent, sous le nom de *ministeria* ou *officia*, ils étaient attachés au service des magistrats ou des prêtres. L'histoire nous les montre aussi tenant les archives publiques et constatant les décisions du sénat (Cic., *Phil.*, VIII, 8. — Tit.-Liv., I, 7,; IX, 29; XLIII, 16. — Tacit., *Annal.*, XIII, 27. — Aul.-Gell., XIII, 13. — Jul. Cap., *Gord. tres*, 12). Leurs services les conduisaient facilement à la liberté (Tit.-Liv., XXVI, 47).

leurs aptitudes ou d'après son affection personnelle, établit entre eux des inégalités de deux sortes : 1° Il leur assigne des fonctions différentes : ainsi, tandis que le plus grand nombre sont voués aux rudes labeurs des champs ou à des métiers purement manuels, d'autres administrent sa fortune (*actores*, *dispensatores*), sont *librarii* ou médecins, ou reçoivent la noble mission d'élever ses enfants (*pædagogi*) (1). 2° Bien qu'en droit les esclaves ne puissent pas être propriétaires, le maître peut leur constituer un pécule, c'est-à-dire leur livrer un ensemble de biens qu'ils seront chargés de faire valoir (L. 5 § 4, *De pec.*, XV, 1). Ce pécule est pour l'esclave une sorte de patrimoine dont toutefois il ne dispose que dans la mesure déterminée par le maître et que celui-ci peut toujours lui retirer (L. L. 8 et 32 pr., *De pec.* — Inst., § 10, *De act.*, IV, 6). Parmi les esclaves d'un même maître il y en a donc qui ont un pécule, d'autres qui n'en ont pas, et ces derniers peuvent être compris dans le pécule de leur coesclave. On les appelle alors *servi vicarii*, par opposition à l'esclave concessionnaire du pécule qui s'appelle *servus ordinarius* (L. 17, *De pec.* — Inst., § 4, *Quod cum eo contr.*, IV, 8).

IV. — COMMENT LES ESCLAVES DEVIENNENT LIBRES. DU *jus postliminii*.

42. Il faut poser ici deux règles générales : 1° Tout esclave peut devenir libre par l'effet d'un acte juridique appelé *manumissio*. 2° Nul esclave n'acquiert la liberté sans cet acte (2). Quant aux formes et

(1) Ces différences n'étaient pas sans intérêt au point de vue juridique (Inst., § 7, *De inj.*, IV, 4).

(2) Ces deux règles comportent des exceptions. Il y a des cas où la *manumissio* est prohibée et serait impuissante à donner la liberté. Les principaux seront étudiés à propos de la distinction des ingénus et des affranchis (n°s 67 et suiv.). En sens inverse, il y a des cas nombreux où l'esclave devient libre *sine manumissione*. Voici d'abord les plus importants parmi ceux qui remontent à l'époque classique : 1° J'ai déjà cité l'édit de Claude qui déclare libre l'esclave malade abandonné par son maître (n° 40) ; 2° l'esclave que le propriétaire a acquis sous la condition de l'affranchir devient libre de plein droit lorsque la *manumissio* n'a pas eu lieu dans le délai convenu, et à défaut d'un tel délai, dans celui que la loi elle-même détermine. C'est là une innovation due à Marc-Aurèle (L. L. 3, 8, 9, *Qui sine man.*, XL, 8) ; 3° lorsqu'une *ancilla* a été aliénée sous la condition *ne prostituatur*, l'acquéreur qui la prostitue contrairement à la loi du contrat la rend libre, et elle a pour patron l'aliénateur (L. 10 § 1, *De in jus voc.*, II, 4. — L. 56, *De contr. empt.*, XVIII, 1) ; 4° un esclave s'est fait acheter *suis nummis*, c'est-à-dire que le prix d'achat a été pris sur son pécule et avec le consentement du maître vendeur, ou a été fourni par un tiers. La liberté est un droit pour lui ; si donc l'acheteur lui refuse la *manumissio*, aux termes d'une constitution de Marc-Aurèle il s'adres-

aux effets de la *manumissio*, je les expliquerai plus loin (nos 54 et s.), car la théorie de l'acquisition de la liberté se confond à peu près avec celle de l'affranchissement.

A l'égard des esclaves devenus tels par la captivité, il y a ceci de particulier, qu'une *manumissio* ne leur est pas nécessaire pour redevenir libres. La règle générale, sinon tout à fait absolue, est que recouvrant leur liberté naturelle ils recouvrent du même coup la liberté légale. Mais les uns jouissent d'un bénéfice appelé *postliminium*, les autres n'en jouissent pas.

Par l'effet du *postliminium*, le captif rendu à la liberté recouvre, en principe, tous les droits, appréciables ou non en argent, qui lui appartenaient au jour de son entrée en captivité. Ces droits lui sont même restitués avec un effet rétroactif (L. 12 § 6; L. 16, *De capt.*, XLIX, 15), en sorte que nous avons ici une fiction légale qui efface la captivité et répute non avenues les conséquences attachées à la servitude. Par suite, l'homme conserve sa nationalité. Était-il ingénu : il reste tel (L. 21 pr., *De capt.*). Père de famille : il a con-

sera au magistrat, qui le déclarera libre (L. 4 § 1; L. 5, *De manum.*, XL, 1); 5° l'esclave qui a dénoncé le meurtre de son maître peut également demander sa liberté au magistrat (L. 5, *Qui sine manum.*, XL, 8. — L. 1, C., *Pro quib. caus. serv.*, VII, 13). — D'autres cas furent introduits par les empereurs chrétiens : 1° La liberté est due à l'esclave comme récompense de la dénonciation de certains crimes, tels que fabrication de fausse monnaie, rapt d'une jeune fille, désertion d'un soldat. Les premières décisions en ce sens appartiennent à Constantin (L. L. 2, 3, et 4, C., *Pro quib., caus., serv.*, VII, 13); 2° D'après une autre constitution de Constantin, l'esclave chrétien devient libre lorsqu'il est acquis par un juif. Un esclave quelconque deviendrait également libre, si le juif acquéreur le soumettait à la circoncision (L. 1, C., *Ne christ. mancip.*, I, 10. — L. 1, C. Th., *Ne christ. mancip.*, XVI, 9). Sous Justinien, la liberté compète de plein droit à tout esclave chrétien acquis par une personne non orthodoxe (L. 2, C., *Ne christ. mancip.*, I, 10); 3° Aux termes d'une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, la femme esclave que son maître a prostituée malgré elle a droit à la liberté (L. 6, C., *De spect. et scen.*, XI, 40); 4° J'ai dit tout à l'heure (n° 40, *in fine*) que d'après une constitution de Constantin, le maître qui exposait un esclave enfant en perdait la propriété. Justinien voulut que cet enfant devînt libre et même ingénu (L. 3, C., *De inf. expos.*, VIII, 52); 5° D'après les Novelles de ce même Justinien, l'esclave qui, à l'insu de son maître, reçoit les ordres ecclésiastiques, devient libre s'il n'est pas revendiqué dans l'année, sauf à retomber en esclavage au cas où il déserterait le service de l'Église (Nov. 123, cap. 17). S'il entre dans un monastère, la liberté lui est toujours acquise au bout de trois ans; jusque-là le maître peut le revendiquer, mais à la condition de prouver que cet esclave n'a embrassé la vie monastique que pour échapper à la peine de quelque délit ou de quelque vice (Nov., V, cap. 2). — Il convient d'ajouter qu'à toute époque les esclaves qui avaient rendu de grands services à l'État purent être gratifiés de la liberté, soit par le peuple, soit par les magistrats (Cic., *pro Balb.*, 9. — Tit.-Liv., II. 5; XXIV, 14 à 16).

servé la puissance paternelle (Inst., § 5, *Quib. mod. jus potest.*, I, 12). Tuteur : il n'a pas perdu la tutelle (Inst., § 2, *De Atil. tut.*, I, 20). Avait-il testé : son testament n'a pas cessé de valoir (Inst., § 5, *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 12). Ses enfants ou ses esclaves ont-ils fait des acquisitions pendant sa captivité : elles lui appartiennent (L. 22 §§ 2 et 3, *De capt.*). Mais la fiction du *postliminium* ne va pas jusqu'à effacer les faits accomplis, et de là deux règles qui en limitent la portée : 1° le captif ne rentre pas dans les droits qui ont besoin d'être soutenus par un fait actuel, et qui n'existent, pour ainsi parler, qu'autant qu'on les exerce. Ainsi possédait-il une chose par lui-même : sa possession a cessé d'une manière tellement définitive que, même venant à recouvrer matériellement la chose, il devra recommencer une nouvelle possession qui pourra n'avoir ni les caractères ni les effets de l'ancienne (L. 12 § 2, *De capt.* — L. 23 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2); 2° à l'égard même des droits qui lui sont rendus, le captif n'est pas réputé en avoir conservé l'exercice personnel. Et par exemple, s'il a testé chez l'ennemi, son testament, vicié dès le début, ne devient pas valable (Inst., § 5, *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 12).

43 *a.* En principe, le *jus postliminii* appartient à tous captifs, de quelque façon qu'ils aient recouvré la liberté, que ce soit par la force ou par la ruse, par leur fait ou par le fait d'autrui, même par un affranchissement régulièrement émané de leur propriétaire (L. 5 § 3; L. 26, *De capt.*) (1). Mais il ne leur est acquis qu'à l'instant où ils ont mis le pied sur le sol de leur patrie ou sur un sol ami (L. 5 § 1, *De capt.*). Exceptionnellement, le *postliminium* est refusé : 1° aux captifs qui se sont rendus à discrétion (L. 17, *De capt.*); 2° aux transfuges (L. 19 § 4, *eod. tit.*); 3° à ceux qu'une clause expresse d'un traité abandonne à l'ennemi (L. 12 pr., *eod. tit.*); 4° à ceux qui ne reviennent à Rome, comme Régulus, qu'après avoir juré ou promis de retourner chez l'ennemi (L. 5 § 3, *eod. tit.*) (2); 5° à ceux qui, admis par un traité à rentrer dans leur patrie, ont une fois préféré rester chez l'ennemi.

(1) L'effet du *postliminium* est suspendu à l'égard du captif qu'un Romain ou un sujet de Rome aurait libéré à prix d'argent. Redevenu libre en droit, il demeure *in causa pignoris* jusqu'à ce que le *redemptor* ait été remboursé par lui ou par un tiers (LL. 2, 11 et 17, C., *De capt.*, VIII, 51).

(2) De telles personnes, restant à Rome contrairement à la parole donnée, étaient notées d'infamie par les censeurs et exclues du droit de suffrage. Cicéron (*De off.*, I, 13) en cite un exemple célèbre qu'on retrouve dans un curieux chapitre d'Aulu-Gelle (VII, 18).

C'est vainement que plus tard ils reviendraient (L. 20 pr., *eod. tit.*); 6° à ceux que les Romains eux-mêmes ont livrés aux ennemis, et qui, de retour, ne sont pas reçus par leurs concitoyens (L. 4, *eod. tit.*). — Ces diverses classes de captifs, quoique privés des avantages du *postliminium*, redeviennent néanmoins libres par l'effet d'une *manumissio* régulière; quant à ceux qui se sont simplement échappés sans être affranchis, l'on peut croire qu'ils restent légalement esclaves.

Toutes les règles qui viennent d'être développées, soit sur la manière dont les captifs cessent d'être esclaves, soit sur le *jus postliminii*, appartiennent au *jus gentium* (L. 19 pr., *De capt.*). Par conséquent, le prisonnier des Romains qui, s'étant échappé, serait repris dans une guerre ultérieure, serait considéré comme un nouvel esclave et échapperait à la revendication de son ancien maître (1).

V. — APPENDICE A LA MATIÈRE DE L'ESCLAVAGE.

44. A l'époque de la jurisprudence classique, il n'y avait pas de condition intermédiaire entre l'esclavage et la liberté. Mais dès le règne de Constantin, sur tous les points de l'empire se dessine en une forme déjà très-nette une condition mixte qu'on appelle *colonat* et qui, au milieu de diversités nombreuses, se caractérise partout par certains traits généraux. Voici les plus essentiels : 1° Le colon, placé sur un sol qui ne lui appartient pas, le cultive sous la condition de payer au propriétaire une redevance périodique en nature ou en argent (LL. 5, 8, 20 § 2, C., *De agric.*, XI, 47). 2° Il est attaché au sol de telle façon qu'il ne peut ni le quitter volontairement ni en être détaché malgré lui. Par la désertion, il tombe en esclavage (L. 1, C. Th., *De fug. col.*, V, 9); par l'aliénation de la terre, il passe avec elle sous la puissance d'un nouveau maître. C'est donc avec autant d'énergie que de vérité que les textes le qualifient *servus terræ*, *quodammodo membrum terræ* (L. *Unic.*, C., *De col. Thrac.*, XI, 52.— L. 23 pr., C., *De agric.*). 3° Sa personne n'est pas soumise au maître du sol, il n'est pas esclave, aussi reconnaît-on qu'il peut se marier, s'obliger, être propriétaire; mais il lui est défendu d'aliéner ses biens propres sans le

(1) On verra plus tard (nos 220 et 221) que la théorie du *postliminium* s'applique aussi aux choses prises sur l'ennemi et aux animaux sauvages acquis par voie d'occupation.

consentement du maître (L. 24, C., *De agric.* — L. 2, C., *In quib. caus. col.*, XI, 51). 4° La condition du colon est héréditaire.

On a souvent attribué à Constantin la création du colonat, et il y a certainement quelque chose de vrai dans cette opinion. En effet, par deux constitutions ce prince défendit d'abord aux fermiers de ses domaines d'occuper des fonctions municipales et de changer de terre (L. L. 1 et 2, C., *De agr. et manc. dom.*, XI, 67), puis en l'an 332 il étendit ces décisions à tous les fermiers (L. 1, C. Th., *De fug. col.*, V, 9) (1). Mais ne croyons pas que Constantin ait tout fait. D'une part, il est certain que l'organisation du colonat ne fut bien complète que sous ses successeurs; le grand nombre de leurs constitutions témoigne combien elle les préoccupa. D'autre part, quelques textes du Digeste nous prouvent que le colonat était déjà en voie de formation au temps des jurisconsultes (2). Et en effet une telle institution n'est pas de celles qui se constituent en un jour et d'ensemble par la seule volonté du législateur. Il fallait qu'elle fût préparée par les mœurs et qu'elle trouvât sa raison d'être dans certaines nécessités sociales. On peut lui assigner avec vraisemblance trois origines : 1° pour exploiter ces immenses propriétés foncières (*latifundia*) qui, selon Pline l'Ancien (XVIII, 7), avaient ruiné l'Italie et devaient ruiner les provinces, les propriétaires employèrent des esclaves. Outre que les bras libres leur manquaient, ils échappaient par là au danger de se voir enlever leurs fermiers par le service militaire redevenu pour tous une charge obligatoire (3). Mais comme ils ne pouvaient exercer sur ces esclaves une surveillance quotidienne, ils les intéressaient à la culture en ne leur demandant qu'une redevance fixe et leur laissant, à titre de pécule, l'excédant des produits du fonds (App., *de Bell. civ.*, I, 7); 2° l'histoire constate que dans le désordre du Bas-Empire, des hommes libres, mais pauvres et opprimés, pour s'assurer la sécurité, abandonnaient leurs biens à un plus riche pour le compte duquel ils cultivaient désormais à la charge de lui payer une redevance (Salvian., *de Gub. Dei*, V, 8) (4);

(1) C'est sans doute à cette dernière constitution que les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius font allusion par ces mots : *Lex a majoribus constituta colonos quodam æternitatis jure detinet* (L. Unic., C., *De col. Palæst.*, XI, 50).

(2) Les principaux textes à consulter sont ceux-ci : L. 17 § 7, *De exc.* (XXVII, 1). — L. 112 pr., *De leg.* 1° (XXX). — L. 20 § 1 ; L. 27 § 1, *De instr. vel instr. leg.* (XXXIII, 7). — L. 4 § 8, *De cens.* (L., 15). — L. 229 § 1, *De verb. sign.* (L., 16).

(3) Généralement cette charge était réelle, c'est-à-dire que la fortune de chacun déterminait le nombre d'hommes qu'il devait fournir (L. 7, C. Th., *De tir.*, VII, 13).

(4) Cette aliénation volontaire de la liberté fut souvent proscrite par les empereurs

3° enfin, il arriva souvent que, pour ôter à des barbares vaincus leurs habitudes nationales et les plier au joug d'une administration régulière, les empereurs les transplantèrent dans des terres éloignées qu'ils leur concédaient. Ce procédé, déjà pratiqué par Marc-Aurèle, ainsi que l'atteste son biographe Julius Capitolinus (13 et 22), devint fréquent sous le Bas-Empire (Eumène, *Panég. de Const. Chlore*, 9, et *de Constantin*, 5, 6, 9, et 22). Et les textes prouvent que les barbares ne recevaient souvent cette concession qu'à titre de colons et sous la charge d'une redevance (L. 3, C. Th., *De bon. milit.*, V, 4). En résumé donc, concentration de la propriété foncière aux mains de quelques-uns et abandon de l'agriculture par les hommes libres, oppression et misère de la classe moyenne, débordement des populations barbares et impuissance de l'empire à se défendre : voilà les trois faits historiques auxquels correspond l'institution du colonat; voilà les trois causes de dissolution dont elle fut l'expression et le produit (1). A y regarder de près, c'est surtout une mesure d'intérêt fiscal et agricole, tendant à assurer à la fois le recouvrement de l'impôt foncier et la culture des terres, et cette mesure paraîtra toute naturelle à qui sait que la tendance générale du gouvernement de cette époque consistait à rendre les conditions sociales immobiles et héréditaires. Ce système fut appliqué dans une certaine mesure à la classe riche par l'organisation des curies municipales (n° 117); on l'appliqua plus largement encore à la classe ouvrière, l'étude des corporations d'arts et métiers nous le prouverait au besoin; pour être logique, il fallait donc l'appliquer aussi à la population agricole.

Dans la constitution définitive du colonat, cette condition s'imprime à un individu par la naissance, par une convention ou par la prescription de trente ans; et l'on y échappe par l'affranchissement, par la prescription de trente ans et par la promotion à l'épiscopat (2).

(voir le titre *De patrociniis vicorum*, C. Th., XI, 24). Mais la misère fut plus forte que l'autorité, et les mœurs l'emportèrent, comme toujours, sur la législation.

(1) Par cette triple origine assignée au colonat, l'on s'explique très-bien ce qu'il y a de varié et d'indécis dans le langage des textes. Parfois les colons sont qualifiés *servi*, plus souvent on les dit libres et ingénus. C'est qu'en effet leur condition ne devait pas être absolument uniforme, puisqu'il y avait parmi eux d'anciens esclaves, et en plus grand nombre sans doute des personnes autrefois libres.

(2) Le cadre étroit de cet ouvrage m'empêche d'approfondir cette matière qui, organisée à une époque de décadence, sous la pression des faits et sans beaucoup de logique, offre plus d'intérêt pour l'historien que pour le jurisconsulte. Pour lire avec quelque facilité les nombreux textes relatifs aux colons, il faut savoir qu'ils sont désignés sous les noms divers de *coloni*, *agricolæ*, *inquilini*, *censiti*, *tributarii*,

SUBDIVISION DES PERSONNES LIBRES EN *cives Romani* ET *non cives Romani*.

SOMMAIRE : I. Analyse de la *civitas Romana*. — II. Quels sont les *cives Romani*. — III. Distinction à établir entre les *non cives*. — IV. Extension du droit de cité à tous les sujets de l'empire.

I. — ANALYSE DE LA *civitas Romana*.

45. La *civitas Romana* ou *jus civitatis* comprend des *jura publica* et des *jura privata*. L'on peut distinguer trois sortes de *jura publica :* 1° les droits politiques proprement dits, c'est-à-dire ceux qui consistent en une participation à la souveraineté, savoir le *jus suffragii* ou droit de figurer dans les comices, et le *jus honorum* ou droit de solliciter et d'exercer les diverses magistratures (1); 2° des droits que nous appellerions plus spécialement droits publics. Ce sont ceux qui ont pour objet de protéger la liberté individuelle, par exemple la *provocatio ad populum* (page 46, note 2), le droit de faire appel à l'*auxilium tribunitium* et, d'une manière plus générale, de provoquer l'*intercessio* d'un magistrat, et le droit de s'exiler pour échapper à une condamnation imminente, mais non encore prononcée (Sallust., *Cat.*, 51; Cic., *pro Cec.*, 34; Polyb., VI, 14) (2); 3° certains droits que nous appellerions civiques, et qui sont en même temps des obligations ou des charges, par exemple le *jus sacrorum*, le *jus censendi* (droit et obligation de faire les déclarations exigées pour le cens), le *jus tributi*, le *jus militiæ*. Tous ces droits n'appartiennent qu'à des citoyens romains.

Dans la sphère du droit privé, la *civitas Romana* confère notamment le *connubium* ou droit de contracter un mariage produisant la puissance paternelle, et le *commercium* ou droit de figurer dans la solennité appelée mancipation, par suite le droit de tester. Plus généralement, la *civitas Romana* emporte pour tous ceux qui la possèdent

adscriptitii et *originarii*. Ces expressions font allusion, les deux premières à leur profession de cultivateurs; la troisième, à leur attache au sol; les trois suivantes à ce qu'ils payent l'impôt personnel appelé *capitatio plebeia* et figurent sur les *libri censuales* ou rôle des contributions; la dernière enfin, à la transmissibilité héréditaire de leur condition. Il faut consulter surtout le titre *De agricolis* au code Justinien (XI, 47).

(1) Tout le monde sait que le *jus honorum* ne fut pas dès l'origine attaché à la qualité de citoyen Romain. Il resta longtemps le monopole des patriciens.

(2) Les villes qui pouvaient être choisies comme lieu d'exil étaient déterminées par des traités. Le texte de Polybe est formel à cet égard. On peut aussi consulter Cicéron (*De orat.*, I, 39).

pleine application du *jus civile*, dans tout ce qu'il a, soit d'avantageux, soit de désavantageux. Ceux, au contraire, qui n'ont pas le *jus civitatis*, outre qu'ils sont dépourvus de droits politiques, ne sont soumis, dans le domaine du droit privé, qu'au *jus gentium*. On voit maintenant combien il importe de déterminer quelles personnes ont le droit de cité romaine, quelles personnes ne l'ont pas. Dans l'intérêt de la clarté, je supposerai d'abord qu'en dehors des citoyens romains il n'y a que des *peregrini*.

II. — QUELS SONT LES *cives Romani*.

46. La nationalité romaine s'acquiert par la naissance ou par un fait postérieur; en d'autres termes, on naît Romain ou on le devient.

Pour savoir quels sont les Romains de naissance, il faut appliquer les deux mêmes principes d'après lesquels on détermine si une personne naît libre ou esclave (n° 37). De ces principes découlent les trois conséquences suivantes : 1° en supposant qu'une femme conçoive Romaine et accouche *peregrina*, l'enfant naîtra Romain, s'il a été conçu *ex justis nuptiis*; pérégrin, s'il a été conçu *vulgo* (Gaius, I, § 90); 2° l'enfant conçu *vulgo* d'une *peregrina* qui plus tard devient Romaine et reste telle jusqu'au jour de l'accouchement, naît Romain (Gaius, I, § 92); 3° l'enfant conçu du mariage de deux pérégrins, ou d'un Romain et d'une *peregrina*, naît *peregrinus*, parce qu'un tel mariage n'est pas *iustum* (Gaius, I, § 67). Par application de ces mêmes principes, on devrait décider que la femme mariée à un pérégrin, qui accouche Romaine, soit qu'elle le fût déjà ou ne le fût pas encore au jour de la conception, met au monde un Romain. Mais une loi dont la date nous est inconnue, la loi Mensia, décida que l'enfant qui compterait parmi ses deux auteurs un pérégrin naîtrait lui-même pérégrin (Ulp., V § 8) (1). Cette loi ne subsiste plus à l'époque de Justinien (2).

(1) Sur la proposition d'Adrien, le sénat, dérogeant à la loi Mensia et faisant retour au droit commun, décida que l'enfant naîtrait Romain, lorsque ses deux auteurs, pérégrins l'un ou l'autre ou tous les deux au jour de la conception, seraient tous les deux Romains au jour de l'accouchement (Gaius, I, §§ 77 et 92).

(2) Par les développements donnés ici et au n° 37, on voit quelle importance pratique il y avait à constater soigneusement les naissances. De là dépendait la preuve de la liberté et de la nationalité. C'est pourquoi Marc-Aurèle, si l'on en croit son biographe Julius Capitolinus (9), prescrivit à tout citoyen romain de déclarer la naissance de ses enfants et de leur donner un nom dans les trente jours. A Rome, la déclaration (*professio natalium*) se faisait devant les *præfecti ærario*; dans les provinces, devant des *tabularii*. Ces fonctionnaires rédigeaient un acte que Mo-

47. Quant à la manière de devenir citoyen romain, il faut distinguer entre les esclaves et les hommes libres. Les esclaves deviennent citoyens lorsqu'ils sont affranchis par un maître Romain. C'est un principe, en effet, que la nationalité du patron se communique de plein droit à l'affranchi (n° 57). Le même résultat se produit, lorsqu'un magistrat confère la liberté à un esclave à titre de récompense (Cic., *Pro Balbo*, 9).

A l'égard des hommes libres, ils n'acquièrent la qualité de citoyens romains qu'en vertu d'une concession expresse. Sous la république, cette concession émane soit directement du peuple ou du sénat, soit d'un magistrat, spécialement autorisé à cet effet par le peuple ou le sénat (Tit.-Liv., VIII, 14. — Cic., *Pro Archia*, 4) (1). Sous l'empire elle n'est accordée que par le sénat ou par le prince. Du reste, elle peut être individuelle ou collective, c'est-à-dire faite ou à un individu, ou à tous les membres d'une cité.

A. Ces notions générales seront complétées par les trois observations suivantes : 1° La concession du droit de cité, quand elle est faite à un individu déterminé, ne s'applique régulièrement qu'à lui seul ; pour qu'elle s'étende à sa femme et à ses enfants, il faut que ces personnes aient été expressément comprises et dans la demande et dans l'acte de concession (Gaius, I, 194. — Pline le Jeune, *Epist.*, x, § 6). 2° La concession du *jus civitatis* à une cité entière se présente sous deux formes très-différentes. Quelquefois cette cité est admise à conserver son droit et ses lois propres. Alors elle prend le nom de *municipium* et ses habitants celui de *municipes*. Le municipe se caractérise par une certaine autonomie : il a des magistrats à lui, un sénat appelé *curia* ou *ordo*, une administration et une justice locales (Aul.-Gell., XVI, 13 § 6. — Festus, v^is^ *Municipium* et *Municipes*). D'autres fois, comme

destin appelle παιδογραφιόν (L. 2 § 1, *De excus.*, XXVII, 1), et cela probablement sur un registre auquel paraît faire allusion Scévola, jurisconsulte contemporain et ami de Marc-Aurèle (L. 29 § 1, *De prob.*, XXII, 3. — Jul. Cap., 11). Dans l'usage l'enfant recevait un nom le huitième ou le neuvième jour de sa naissance, selon qu'il s'agissait d'une fille ou d'un garçon. Ce jour s'appelait *nominum dies* ou *lustricus dies ;* il donnait lieu à une fête privée (*nominalia*) dans laquelle il y avait, entre autres cérémonies, une purification par le feu (Festus, v° *lustrici dies*. — Tertull., *De idol.*, 16. — Ulp., XVI § 1). Polyænus, écrivain grec contemporain de Marc-Aurèle, dit que le nom était choisi par une tierce personne qu'il appelle κύριος (*De stratag.*, L. VI).

(1) Des autorisations de ce genre furent données par des lois spéciales à Marius et à Pompée (Cic., *pro Balb.*, 8, 21). Tout le plaidoyer *pro Balbo* roule sur la validité d'une concession du *jus civitatis* faite par Pompée.

condition de la concession du *jus civitatis*, les Romains exigent que le peuple qui la reçoit adopte leurs propres lois et leur droit. Alors ce peuple est qualifié *populus fundus* (1). Cette condition fut notamment imposée aux Italiens par une loi Julia dont il sera question tout à l'heure (Cic., *Pro Balbo*, 8). 3° La concession du droit de cité peut n'être que partielle. Par exemple, l'on accorde seulement le *connubium* ou le *commercium* (Ulp., V § 4; XIX § 5); ou en sens inverse, l'on accorde le droit de cité diminué de quelqu'une de ses prérogatives, ainsi des populations entières obtinrent *civitatem sine suffragio* (Vell. Paterc., I, 14. — Aul.-Gell., XVI, 13).

48 *a*. De même qu'un fait postérieur à la naissance peut conférer à des étrangers la nationalité romaine, de même il peut l'ôter aux Romains. Cicéron pose en cette matière trois principes qu'il regarde comme aussi anciens que la République romaine (*Pro Balbo*, 11 à 13; *Pro Cecina*, 33 et 34; *Pro domo*, 29 et 30) :

1° Nul ne peut cumuler deux nationalités (2). — Ce principe, nous dit Cicéron, n'était pas admis en Grèce (*Pro Balbo*, 12).

(1) Le mot *fundus* équivaut à *auctor*. Ainsi l'on dit *fundus esse sententiæ* pour signifier qu'on s'approprie une opinion, qu'on l'approuve (Aul.-Gell., XIX, 8 § 12. — Plaut., *Trinum.*, V, 1, v. 6). Pour qu'un peuple soit véritablement *fundus*, une adoption spontanée de la loi Romaine ne suffit pas : il faut qu'il l'adopte *beneficio populi Romani* (Cic., *Pro Balbo*, 8).

(2) Il importe d'éviter ici une confusion. Tout citoyen romain, outre son *jus civitatis*, a ou peut avoir un droit de cité d'un ordre inférieur qu'on appelle *origo* ou *jus originis*. Cela revient à dire qu'il est plus particulièrement citoyen d'une cité spéciale. A ce point de vue il s'appelle *municeps*, mot tout à fait détourné de son sens étymologique (L. 1 § 1, *Ad municip.*, L, 1.— N° 47). Le *municeps*, à la différence du citoyen originaire de Rome, a donc nécessairement deux patries (Cic., *De legib.*, II, 2). Le *jus originis* s'acquiert de quatre manières : 1° par la naissance (*origo* ou *nativitas*); 2° par l'affranchissement (*manumissio*). Ce mode est pour les affranchis ce qu'est la naissance pour les ingénus. Ils prennent l'*origo* de leur patron; 3° par l'adoption. L'adopté prend l'*origo* de l'adoptant; 4° par l'*allectio* ou admission prononcée par les magistrats municipaux (L. 7, C., *De incol.*, X, 39). Il est évident qu'un individu, s'il est adopté par une personne n'ayant pas même *origo* que lui, aura deux *civitates* spéciales, et que l'*allectio* pourra lui en donner une troisième. Du reste, le *jus originis* n'implique pas la qualité de citoyen romain, mais seulement celle de sujet de Rome. Il présente trois intérêts pratiques principaux : 1° il détermine l'endroit où l'on subit les *munera* (charges) *personalia*, par exemple la tutelle, ou *mixta*, par exemple l'obligation de faire le recouvrement et l'avance de certains impôts; 2° il détermine la compétence du tribunal dont on est justiciable; 3° en cas de conflit entre la loi générale de Rome et la loi de la *civitas* spéciale, c'est cette dernière qui s'applique, du moins pour le pérégrin (Ulp., XX § 14. — Gaius, III, §§ 120 à 122). Les deux premiers intérêts sont également attachés à la détermination du domicile (*domicilium* ou *incolatus*), qu'il ne faut pas confondre avec le *jus originis*. Une personne est domiciliée à l'endroit qu'on peut considérer

2° Nul ne perd malgré soi le droit de cité romaine. — Ce principe comporte les exceptions suivantes : 1° le citoyen régulièrement livré aux ennemis, soit pour avoir frappé et injurié leur ambassadeur, soit pour avoir conclu sans pouvoir un traité honteux, soit pour tout autre motif, fait désormais partie de la nation à laquelle il est livré, à moins qu'elle ne refuse de le recevoir (1). En ce dernier cas, reste-t-il citoyen romain ou devient-il *peregrinus sine certa civitate?* Ce fut l'objet d'une controverse entre les jurisconsultes, et cela, sans doute, parce qu'il est bizarre qu'un homme n'appartienne à aucune nation (L. 17, *De legat.*, L, 7) (2); 2° le droit de cité est nécessairement perdu pour quiconque devient esclave *jure civili* (n° 38) (3); 3° il est également perdu pour ceux qui ont encouru une condamnation devenue définitive

comme le centre de ses intérêts et de ses affections, et où elle est ordinairement présente (L. 7, C., *De incol.* — L. 203, *De verb. signif.*, L, 16). On voit que le cumul de plusieurs *origines* et la distinction de l'*origo* et du *domicilium* se résolvaient en une multiplication de charges à subir et en une pluralité de juridictions auxquelles on était également soumis (L. 29, *Ad munic.*, L, 1. — L. 5, C. Th., *De dec.*, XII, 1).

(1) Il faut rappeler ici l'histoire si connue du consul Spurius Postumius, le vaincu des fourches Caudines. Livré aux Samnites avec tous les chefs qui comme lui s'étaient liés par la formule de la *sponsio*, il frappa violemment le fécial du peuple romain, puis s'écria qu'il était Samnite, qu'il avait violé le droit des gens et fourni à ses anciens concitoyens un légitime motif de guerre (Tit.-Liv., IX, 10 et 11). Ainsi, d'après lui, les Romains auraient pu non-seulement dépouiller un des leurs de sa nationalité, mais lui imposer, bon gré, mal gré, celle d'un peuple qui le repoussait! Ce sophisme juridique souleva l'indignation des Samnites, et il ne paraît pas probable qu'il ait jamais été soutenu comme doctrine sérieuse et désintéressée. Ce qui est certain, ce dont témoignent Cicéron (*pro Cecina*, 34) et Pomponius (L. 17, *De legat.*, L, 7), c'est que deux siècles plus tard, à l'époque de la guerre de Numance, on tenait pour constant que le citoyen livré aux ennemis ne revêtait pas leur nationalité malgré eux.

(2) Dans ce texte, Pomponius nous apprend que les Numantins ayant refusé la dédition d'Hostilius Mancinus, une loi spéciale intervint pour consacrer à nouveau ses droits de citoyen, ce qui au premier aspect paraît bien signifier qu'il les avait perdus. Cependant, la question générale resta discutée, et Cicéron (*pro Cecina*, 34) n'hésite pas à la trancher dans le sens du maintien du droit de cité. Sans doute, cette loi n'était pas claire : on ne voyait pas si elle prononçait une restitution ou si elle n'était que déclarative. Pomponius cite une autre loi rendue en un cas semblable et dans le même but (L. 5 § 3, *De capt.*).

(3) Cette seconde exception, que les textes précités de Cicéron s'efforcent vainement de dissimuler, existait déjà sous la république, mais avec une portée bien moindre que sous l'empire. D'une part, en effet, il n'y avait pas de condamnation emportant esclavage; car il est plus que probable que les condamnations *ad bestias* ou *ad metallum* n'étaient prononcées que contre des esclaves. D'autre part, le sénatus-consulte Claudien n'avait pas encore été rendu, et il n'y avait pas de sanction légale attachée à l'ingratitude de l'affranchi, ni peut-être au fait de l'homme libre qui consentait à se laisser vendre.

à l'interdiction de l'eau et du feu (1), à la déportation (2), ou aux travaux publics perpétuels (3). Ces condamnés sont *peregrini sine certa civitate* (Inst., §§ 1, *Quib. mod. jus pot.*, I, 12. — L. 2 §§ 1 et 2; L. 17, *De pœnis*, XLVIII, 19) (4).

3° Nul n'est forcé de rester citoyen romain. — Ce principe ne signifie pas que l'on admette l'abdication pure et simple d'une nationalité, mais seulement que la loi n'empêche personne de changer de cité. Pour cesser d'être Romain, il faut donc acquérir ailleurs la qualité de citoyen, et cette acquisition se fait, dit Cicéron, *dicatione* ou *postliminio* (*Pro Balbo*, 11). La *dicatio* suppose qu'un Romain transfère sa résidence dans une cité étrangère et s'y fait agréer comme citoyen. Quant au *postliminium*, voici comment il faut l'entendre : Un étranger captif à Rome a été affranchi par son maître. L'affranchissement le rend Romain, et il demeure tel, s'il reste à Rome. Si, au contraire, il aime mieux retourner dans sa patrie, il y reprend son droit de cité originaire (L. 5 § 3, *De capt.*).

(1) Ce genre de condamnation, les textes précités de Cicéron en font foi, n'était qu'un détour imaginé pour forcer le condamné, repoussé par tout le monde, à un exil volontaire. Mais il ne cessait d'être citoyen Romain que lorsqu'il était arrivé dans une cité étrangère et qu'il y avait été accueilli. On conservait ainsi une fidélité plus apparente que réelle au principe d'après lequel nul ne peut être dépouillé malgré soi du droit de cité.

(2) La déportation paraît n'avoir été introduite que sous Auguste. Tandis que l'ancienne interdiction de l'eau et du feu laissait au condamné le choix de sa résidence, en dehors toutefois du territoire romain (Cic., *Philip.*, VI, 28), cette nouvelle peine consistait à être interné dans une île soumise à la domination romaine et où le condamné restait libre (L. 4, *De pœnis*). En fait et en droit, dans la législation impériale l'interdiction de l'eau et du feu se confondit véritablement avec la déportation : elle s'exécuta de la même façon et entraîna comme elle privation immédiate du droit de cité (Tacit., *Annal.*, VI, 30). Pourquoi donc, dira-t-on, la coexistence de ces deux dénominations? Je l'explique ainsi : Les lois antérieures à Auguste avaient prononcé l'interdiction de l'eau et du feu; les lois subséquentes prononçaient la déportation. Les jurisconsultes respectèrent le langage des unes et des autres.

(3) Cette peine, comme celle de la déportation, n'existait pas sous la république.

(4) Suétone (*Tib. Claud.*, 16) rapporte que Claude ôta le *jus civitatis* à un personnage important : mais il ne faut pas voir là l'application d'une quatrième exception à notre principe, qui se formulerait ainsi : le droit de cité se perd par la volonté du prince. La décision de Claude n'est qu'un de ces actes arbitraires dont les empereurs romains furent toujours prodigues (Voir aussi Dosithée, *Adr. Sent.*, 14).

III. — DISTINCTIONS A ÉTABLIR ENTRE LES *non cives Romani*.

49 *a*. Dans la vieille langue latine, on appelait tous les étrangers *hostes*, mot qui signifiait proprement *égaux* (1). Les premiers Romains, entourés de peuples aussi puissants ou plus puissants qu'eux, reconnaissaient donc l'égalité des diverses nations et le droit de chacune à l'indépendance. Plus tard, quand Rome fut assez forte pour devenir ambitieuse et que sa politique extérieure ne fut plus qu'une politique de conquête, tous les étrangers furent pendant quelque temps considérés comme ennemis; et le mot *hostes*, changeant de sens, finit par remplacer le vieux mot *perduelles* (ceux avec qui l'on est en guerre régulière). Puis, la soumission d'un certain nombre de peuples et l'impossibilité de soumettre les autres ramenant la nécessité de distinguer entre l'étranger et l'ennemi, un mot nouveau apparut, le mot *peregrinus* (Festus, v° *Hostis*. — Cic., *de Offic.*, I, 12; III, 29. — Varron, *de Ling. lat.*, V, 3. — L. 234 pr., *De verb. signif.*, L, 16).

Le nom de *peregrini* convient d'abord à des peuples indépendants (Gaius, III, § 94), mais parmi ces peuples il y a une distinction à faire : les uns sont unis à Rome soit par un traité d'alliance égale ou inégale, soit par des liens moins nettement déterminés que l'on appelle *amicitia* et *hospitium*. D'autres n'ont avec elle aucune relation pareille, ce sont ceux que l'on nomme barbares (L. 6, *De bon. damn.*, XLVIII, 20). Entre ceux-ci et les Romains il n'y a en quelque sorte pas de droit. Même en dehors d'un état de guerre régulier, les Romains prennent aux barbares tout ce qu'ils peuvent leur prendre et leur reconnaissent un droit réciproque (L. 5 § 2; *De capt.*, XLIX, 15). Au contraire, dans leurs rapports avec les peuples qui sont leurs amis, leurs hôtes ou leurs alliés, on distingue les temps de paix et les temps de guerre. En temps de paix la personne et les biens de ces pérégrins sont respectés et les règles du *jus gentium* leur sont appliquées, s'il y a lieu. En temps de guerre ils deviennent *hostes*, et la spoliation réciproque est de droit (L. 7 pr. et § 1, *De capt.*).

Le nom de *peregrini* convient encore, et c'en est peut-être l'application la plus usuelle, aux étrangers qui sont soumis à la domination Romaine sans être investis du droit de cité (Gaius I, §§ 193 et 197).

(1) Festus (v^is^ *status dies, redhostire*) fait dériver ce mot de *hostire*, synonyme de *æquare*.

Parmi ces pérégrins les uns, et c'est le grand nombre, appartiennent à une cité déterminée (*certa civitas*), les autres n'ont le droit de cité nulle part. Dans cette seconde catégorie figurent, nous l'avons vu, ceux qui ont perdu la *civitas Romana* par l'effet d'une condamnation criminelle (n° 48), et nous verrons bientôt (n° 67) qu'il faut y compter aussi les *libertini dedititii*. L'intérêt de cette distinction est considérable : aux pérégrins qui n'ont pas de *certa civitas* l'on ne peut appliquer que les règles du *jus gentium;* à ceux qui ont une *civitas* on applique, en outre, les lois propres à leur cité (Gaius, III, §§ 96 et 120. — Ulp., XX § 14. — Dosith., *De manum.*, § 12).

50. Entre la condition du pérégrin proprement dit et celle du Romain, il y a une condition intermédiaire qu'on appelle *Latinitas* ou *jus Latii*, et ceux qui la possèdent sont des *Latini*. On distingue les *Latini veteres*, les *Latini coloniarii* et les *Latini Juniani*.

Les *Latini veteres* sont les peuples de l'ancien Latium réunis en une association puissante dont Rome fit partie à plusieurs reprises et qu'elle finit par détruire en l'année 416 (1). A cette date plusieurs cités latines obtinrent la *civitas Romana* (Tit. Liv., VIII, 14). Et après la guerre sociale, en l'an 664, une loi Julia, proposée par le père de Jules César, conféra ce droit à tous les Latins (Cic., *pro Balbo*, 8. — Aul. — Gell., IV, 4). De sorte qu'à l'époque du droit classique il n'y a plus de *Latini veteres*.

La condition des *Latini veteres* est fort supérieure à celle des simples pérégrins. Si d'abord on l'examine au point de vue du droit privé, deux passages de Tite Live (I, 26 et 49) supposent évidemment qu'ils ont le *jus connubii* (2) avec les Romains, et sans aucun doute ils ont

(1) Denys d'Halicarnasse (IV, 25 et 26) paraît attribuer la fondation de cette confédération à Servius Tullius; Rome y aurait donc occupé le premier rang dès l'origine. Mais la confédération latine est certainement plus ancienne et il ne paraît pas probable qu'elle ait été fondée par les Romains. A quelle époque ceux-ci y entrèrent-ils? On a conjecturé avec vraisemblance que ce fut après la destruction de la ville d'Albe (Tite-Live, I, 30, 52). Ce qui est sûr, c'est que leur alliance avec les Latins fut plusieurs fois rompue, notamment sous Tarquin le Superbe et après l'expulsion de ce roi. Mais cette rupture aboutit deux fois à la défaite des Latins et deux fois les Romains rentrèrent dans la confédération avec un rôle prépondérant (Tite-Live, I, 52; II, 33).

(2) Il ne faudrait pas alléguer en sens contraire un texte où Ulpien (V § 4) dit que le *connubium* n'appartient aux Latins qu'en vertu d'une concession spéciale. Ulpien ne parle pas des *latini veteres*, puisqu'il n'y en avait plus de son temps. Il ne faut pas non plus trouver étrange que les *latini* fussent mieux traités que les plébéiens, qui pendant longtemps n'eurent pas le *connubium* avec les patriciens. Cela s'explique par une considération très-simple : les plébéiens sont une race vaincue,

le *commercium*, puisque ce droit est reconnu, comme nous l'allons voir, aux deux autres classes de Latins. En ce qui concerne le droit public, la supériorité des *Latini veteres* consiste en ce qu'ils peuvent voter, cela est du moins fort probable, dans les *comitia tributa* (Tit. Liv., XXV, 3. — Appien, *De bell. civ.*, I, 23), et en ce qu'on les admet à servir dans les armées Romaines, non pas sans doute comme légionnaires, mais comme *socii* (Tit.-Liv., XL, 18; XLI, 9; XLIII, 12). Ajoutons que l'acquisition du droit de cité, qui pour les pérégrins n'est jamais qu'une faveur, est un droit pour les *Latini veteres* dans les trois cas suivants : 1° lorsqu'ils s'établissent à Rome et qu'ils laissent des enfants dans leur patrie (Tit-Liv., XLI, 8); 2° lorsqu'ils ont fait condamner un magistrat comme concussionnaire (Cic., *pro Balbo*, 23 et 24); 3° lorsque pendant un an ils ont exercé une magistrature dans leur pays (App., *De bell. civ.*, II, 26. — Gaius, I, § 95. — Strabon IV, I § 12).

C'est probablement lorsque Rome eut soumis les Latins qu'elle commença à fonder des colonies latines (1). Ces colonies, d'après le témoignage de Cicéron (*Pro Cecina*, 33; *Pro domo*, 30) et de Gaius (I, § 131) comprenaient trois sortes de personnes : 1° des volontaires qui renonçaient à leur patrie; 2° des personnes condamnées à une amende et qui en évitaient ainsi le payement; 3° des fils de famille désignés par leur père. Ces personnes perdaient immédiatement la qualité de citoyens romains. Plus tard, le *jus Latinitatis* s'acquit soit par l'émigration dans une colonie déjà existante, soit par une concession du prince faite ou à des individus ou à des cités (Suétone, *Oct. Aug.*, 47). Cette concession, qui n'implique aucun déplacement de population, fut l'origine de la plupart des colonies auxquelles se réfèrent les textes de l'époque impériale (2). C'est ainsi que Vespasien donna le

les Latins sont des peuples indépendants. Du reste il est possible qu'après la destruction de la confédération latine, le *jus connubii* ait cessé de faire partie du *jus Latinitatis;* mais nous n'en avons aucune preuve.

(1) Dans le principe les Romains ne fondaient que des colonies romaines, image réduite de la métropole (Aul. Gell, XVI, 13). Ces colonies répondaient à des besoins multiples et avaient des buts divers. Siculus Flaccus (*De cond. agr.*) nous apprend qu'elles servaient de postes avancés pour protéger le territoire romain contre les incursions ennemies. Évidemment aussi elles étendaient l'influence de Rome en propageant ses mœurs et son droit (Vell Paterc., I, 14) Elles fournissaient le moyen de débarrasser la ville d'une population trop nombreuse (Tite-Live, X, 6) et du même coup elles créaient des moyens d'existence à beaucoup de citoyens pauvres. Aussi arrivait-on facilement à la popularité en fondant des colonies (Appien, *De bell. civ.*, I, 23).

(2) Dans ce nouveau système, la fondation des colonies n'est plus qu'un moyen d'assimilation des peuples sujets.

jus Latinitatis à tous les habitants de l'Espagne (Pline, *Natur. Hist.*, III, 4). Une fois acquise, la condition du *Latinus coloniarius* se transmet par la naissance d'après les mêmes règles que la nationalité romaine. Ainsi l'enfant issu du mariage d'un Romain et d'une Latine naît Latin (Gaius, I, § 67). Mais, par application de la loi Mensia, l'enfant issu d'un pérégrin et d'une Latine est pérégrin (1).

La condition des *Latini coloniarii* n'est qu'une réduction de celle des *Latini veteres*. Elle est donc inférieure à celle de ces derniers, mais supérieure à celle des pérégrins ordinaires. En effet, si on leur refuse les droits politiques à Rome, on les leur accorde dans leur municipe (*Lex malac.*, 53), et s'ils n'ont pas le *jus connubii*, le *commercium* leur appartient avec tous les droits qui en sont la conséquence (Ulp., V § 4; XIX § 4). De plus il est probable, je dirais volontiers certain, qu'ils arrivent au droit de cité Romaine par les mêmes modes spéciaux que les *Latini veteres*. C'est même à eux que paraît tout particulièrement se référer le texte précité de Gaius (I, § 95).

Quant aux *Latini Juniani*, il en sera question quand je traiterai des affranchis (n° 62 et s.).

IV. — EXTENSION DU DROIT DE CITÉ A TOUS LES SUJETS DE L'EMPIRE.

51. Dès ses débuts, Rome accorda volontiers le droit de cité aux gens sans asile et aux vaincus dont elle pouvait attendre des services (Denys d'Hal., I, 9) (2). Très-souvent des cités entières l'obtinrent. Nous avons vu qu'en l'an 664 on le donna à tous les *Latini* (n° 49). Peu de temps après on l'étendit à tous les Italiens (Vell. Paterc., II, 16, 17, 20). Ce fut la conclusion d'une guerre qui avait failli perdre Rome, de la guerre sociale. Les Romains donnèrent vaincus ce qu'ils avaient cru pouvoir refuser dans leur toute-puissance. Sous les premiers empereurs le droit de cité ne fut pas prodigué. Auguste s'en montra avare (Suet., *Oct. Aug.*, 40), et Pline le Jeune (*Epist.*, X, 7) constate que telle était aussi la jurisprudence de Trajan, conforme en cela à celle de ses prédécesseurs. Cependant, Claude, né à Lyon, avait fait rendre un sénatus-consulte qui donnait le droit de cité à un grand

(1) Conformément aux principes généraux et contrairement à l'esprit, sinon peut-être au texte de la loi Mensia, un sénatus-consulte proposé par Adrien décida que l'enfant né d'une Romaine et d'un Latin serait romain (Gaius, I, §§ 30 et 80).

(2) *Nunquam intermissa est a majoribus nostris largitio et communicatio civitatis* (Cic., *pro Balbo*, 13).

nombre de Gaulois (Tacit., *Ann.*, XI, 23 à 25) (1). D'après Sextus Aurelius Victor (*De Cæs. Rom.*, 16), Marc-Aurèle l'accorda très-largement. Enfin par une constitution que Justinien attribue à Antonin le Pieux (Nov. 78, cap. 5), mais qui appartient certainement à Antonin Caracalla, le droit de cité fut conféré à tous les sujets actuels de l'empire (L. 17, *De stat. hom.*, I, 5). Faite deux ou trois siècles plus tôt, c'est-à-dire à une époque où le titre de citoyen donnait des droits politiques sérieux, cette concession aurait eu beaucoup plus de valeur. Dans la pensée de Caracalla, telle que l'explique l'historien Dion Cassius (LXXVII, 9), elle n'eut d'autre but que d'enrichir le fisc. En effet, avant ce prince, les affranchissements faits par les citoyens romains, ainsi que les successions et toutes les libéralités de dernière volonté recueillies par eux, donnaient lieu à un impôt d'un vingtième de la valeur (2). Caracalla, pour rendre ces impôts plus productifs, trouva deux moyens simples : il en doubla la quotité (3) et multiplia les contribuables en octroyant le *jus civitatis* à tous ses sujets. Opilius Macrinus, son successeur, ramena l'impôt à son chiffre primitif (Dion Cass., LXXVIII, 12); mais le droit de cité subsista pour tous. Ainsi, l'esprit fiscal était devenu le serviteur inconscient du progrès! Un despote avait réalisé paisiblement et avec plus d'étendue la pensée démocratique qui avait valu une mort violente aux deux Gracchus et au tribun Drusus (Vell. Paterc., II, 2, 6 et 14)!

Cependant, même après la constitution de Caracalla, l'empire compta encore des sujets non citoyens. Tels furent certainement les personnes privées du droit de cité par l'effet d'une condamnation criminelle, et certains affranchis dont il sera bientôt question, les déditices et les Latins Juniens. Tels furent peut-être aussi les habitants des provinces conquises depuis Caracalla. Mais ici les interprètes ne s'accordent pas : d'après les uns, la pensée de ce prince aurait été de ne plus séparer, en principe, le droit de cité et la qualité de sujet de l'empire. D'autres, et c'est le plus grand nombre aujourd'hui, estiment que la concession fut limitée aux habitants actuels de l'empire et à leur descendance (4).

(1) En 1527, on a retrouvé à Lyon des fragments considérables du discours bizarre qui fut prononcé par Claude à cette occasion.

(2) Cet impôt, appelé *vicesima*, ne fut établi qu'à l'époque d'Auguste sur les successions et sur les libéralités de dernière volonté (n° 414). — Quant aux affranchissements, il paraît avoir été créé en l'an de Rome 398 (Tite-Live, VII, 16).

(3) La *vicesima* devint ainsi une *decima*. Il y est fait allusion dans un texte d'Ulpien (*Coll. leg. mos. et rom.*, tit. XVI, cap. 9 § 3).

(4) Un texte de Paul nous montre que de son temps il y avait encore des Latins

Il est facile de comprendre que, selon l'opinion qu'on adopte, il faut donner une portée plus ou moins large au mot *peregrini*, quand on le rencontre dans des textes postérieurs à Caracalla (1).

Sous Justinien, il n'est pas douteux que tout sujet de l'empire est en même temps citoyen, sauf la déchéance encourue par certaines condamnations. De sorte qu'en dehors des *cives* il n'y a plus que des peuples indépendants de Rome; et cela suffirait à nous expliquer le silence regrettable des Institutes sur cette importante matière, s'il ne s'expliquait pas déjà par cette considération que les règles qui déterminent la nationalité touchent de très-près au droit public (2).

SUBDIVISION DES PERSONNES LIBRES EN INGÉNUS ET AFFRANCHIS.

SOMMAIRE : I. Définition de l'ingénu et de l'affranchi. — II. Conditions exigées par le droit ancien pour la validité de la *manumissio*. Spécialement de ses formes. — III. Effet d'une *manumissio* régulière d'après le droit ancien. Conditions ajoutées par la loi Ælia Sentia pour que l'affranchi devienne citoyen romain. — IV. De la condition juridique de l'affranchi citoyen. — V. Comment s'efface son infériorité. — VI. Des affranchis Latins Juniens ou déditices. — VII. Réduction des affranchis à une seule classe par Justinien; modes d'affranchir et condition des affranchis sous ce prince. — VIII. Limitations naturelles ou légales à la faculté d'affranchir.

Lib. I, tit. III, *De jure personarum* (§ 5, suite). — In liberis multæ differentiæ sunt : aut enim sunt ingenui, aut libertini (Gaius, I, § 10).

Lib. I, tit. IV, *De ingenuis*, § 1. — Quum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse, et postea manumissum esse : sæpissime enim constitutum est natalibus non officere manumissionem.

Entre les hommes libres il y a des différences nombreuses : les uns, en effet, sont ingénus; les autres, affranchis.

Mais lorsqu'une personne est née ingénue, si en fait elle a passé par la servitude, puis, qu'elle ait été affranchie, cela ne lui nuit pas : de nombreuses constitutions ont décidé, en effet, que la manumission n'efface pas la condition résultant de la naissance.

ingénus (IV, 9 § 8). Si ce texte est postérieur à la constitution de Caracalla, mais c'est là le point douteux, il viendrait à l'appui de la seconde opinion : il prouverait, en effet, que même sous l'empire de cette constitution l'on continua de fonder des colonies latines ou de concéder individuellement la *Latinitas* à des barbares. Car, en dehors de ces deux hypothèses, il serait impossible de concevoir des Latins ingénus.

(1) La décision de Caracalla eut pour conséquence une plus large application du droit Romain dans les provinces. Elle fut ainsi une cause directe du maintien de ce droit, pendant le moyen âge, dans les pays autrefois soumis à la domination Romaine.

(2) Néanmoins elles ont leur place marquée dans une exposition du droit privé, puisqu'elles servent à distinguer les personnes qui ont la jouissance complète de ce droit et celles qui n'en ont qu'une jouissance partielle.

Lib. I, tit. v, *De libertinis*, pr. — Libertini sunt qui ex justa servitute manumissi sunt : manumissio autem est datio libertatis; nam, quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, et manumissus liberatur potestate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit, utpote quum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, quum servitus esset incognita... Sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis; et quum uno naturali nomine homines appellaremur, jure gentium tria genera hominum esse cœperunt, liberi, et his contrarium servi; et tertium genus libertini (1), qui desierant esse servi (Ulpien, L. 4, *De just. et jur.*, I, 1).

Les affranchis sont ceux qui ont été libérés d'une servitude régulière. En effet, l'affranchissement est le don de la liberté; car, aussi longtemps qu'une personne demeure en servitude, elle se trouve sous la main et la puissance d'autrui, et l'affranchissement la libère de cette puissance. Cette institution tire son origine du droit des gens; car, d'après le droit naturel, tous les hommes naissaient libres, et l'affranchissement était ignoré, puisque la servitude était inconnue. Mais lorsque le droit des gens eut introduit la servitude, le bénéfice de l'affranchissement vint à la suite; et tandis que naturellement nous nous appelions tous du nom commun d'hommes, d'après le droit des gens il y eut trois classes d'hommes : les hommes libres, et par opposition les esclaves, puis une troisième espèce, les affranchis, c'est-à-dire ceux qui avaient cessé d'être esclaves.

52. L'ingénuité se détermine par la naissance : qui naît libre naît ingénu (Inst., pr., *De ing.*, I, 4). Mais l'ingénuité se perd avec la liberté et ne se recouvre pas avec elle. C'est ce qui ressort de la définition que l'on donne des affranchis : ce sont ceux qui ont été libérés d'une servitude conforme au droit. De sorte qu'en résumé notre division revient à distinguer deux classes d'hommes libres, ceux qui l'ont toujours été et ceux qui ont passé par l'esclavage. Les premiers s'appellent

(1) Le mot *libertinus* désignait dans la vieille langue le fils d'un affranchi. L'empereur Claude, qui ignorait cela, fit entrer au sénat un fils d'affranchi, et s'autorisa maladroitement de l'exemple de son ancêtre, le censeur Appius Claudius Cæcus, qui avait placé sur la liste du sénat des *libertinorum filii*, c'est-à-dire, dans la langue du temps, des petits-fils d'affranchis (Suétone, *Tiber. Claud.*, 24). Les affranchis s'appellent aussi *liberti*. Mais tandis que *libertinus* est opposé à *ingenuus*, *libertus* s'oppose à *patronus*. *Libertinus* exprime donc la condition juridique de l'affranchi dans la société; *libertus*, sa situation par rapport à celui qui l'a affranchi.

ingénus, les autres affranchis. On peut donc ériger en principes généraux les deux propositions suivantes : 1° toute personne aujourd'hui libre qui a été esclave est un affranchi (1); 2° quiconque a la qualité d'affranchi a été esclave (2).

En règle générale, cette qualité d'affranchi résulte de l'accomplissement d'une solennité qu'on appelle affranchissement (*manumissio*) (3). D'où il suit qu'il ne faut pas confondre le *libertinus* et le *servus in libertate*. Les textes emploient cette dernière expression, par opposition au mot *liber* (LL. 10, 11 et 12, *De lib. caus.*, XL, 12), pour désigner l'homme qui, légalement esclave, vit en fait dans un état de liberté, soit qu'il ait pris la fuite (*servus fugitivus*), soit qu'il bénéficie d'une erreur générale sur sa condition. Un tel homme, n'ayant jamais été affranchi, n'acquerrait la liberté par aucun laps de temps (4). A l'inverse, il résulte de la définition même des *libertini* qu'un homme né et resté légalement libre ne descendrait pas au rang d'affranchi par cela seul qu'il aurait été l'objet d'une *manumissio*. Si donc un ingénu, victime d'une erreur ou d'un crime, a vécu plus ou moins longtemps *in servitute*, le prétendu maître qui l'affranchit renonce à un droit qu'il n'a pas, il fait un acte inutile (5); et l'homme demeure ingénu, parce que rien, excepté les causes d'esclavage prévues par le droit civil, n'a pu lui faire perdre sa liberté originaire (§ 1 *sup.* — Paul, V, 1 § 2). D'où l'on voit que le *liber in servitute* doit être aussi soigneusement distingué du *servus* que le *servus in libertate* du *liber*, ou, en d'autres

(1) Ne sont pas compris dans ce principe ceux des captifs redevenus libres qui jouissent du *jus postliminii* (nos 42 et 43). Dans le droit de Justinien on trouve d'autres exceptions (LL. 6 et 7, C., *Qui milit. poss.*, XII, 34. — Nov. 123, cap. 17).

(2) Par une exception bizarre il y a des cas où l'on est juridiquement réputé affranchi sans avoir été *servus*. Tel est, d'après le sénatus-consulte Claudien, le cas de la femme qui vit *in contubernio* avec un *servus alienus*, mais du consentement du maître (Tac., *Ann.*, XII, 53). Tel est aussi, d'après une constitution de Constantin, le cas de l'enfant issu d'un *servus fiscalis* et d'une femme libre (L. 3, *Ad sct. Claud.*, C. Th., IV, 11). Ces exceptions au principe sont abrogées sous Justinien.

(3) On a déjà vu qu'il y a des cas exceptionnels où l'esclave devient libre sans *manumissio* (page 100, note 2).

(4) Eût-il, par erreur, été promu à une magistrature, il n'en demeurerait pas moins esclave, et cela bien que l'on valide tous ses actes, ainsi que nous l'avons déjà vu (L. 11, C., *De lib. caus.*, VII, 16. — L. 2, C., *Si serv. aut lib.*, X, 32. — Page 95, note 1).

(5) Cependant on ne lui donne que cinq ans pour établir son ingénuité, à moins qu'il n'en ait découvert la preuve qu'après l'expiration de ce délai (L. 2 §§ 1 et 2, *Si ing.*, XL, 14. — n° 798).

termes, qu'il ne faut pas confondre le fait et le droit, ni prendre pour preuve de la condition juridique d'un individu une possession d'état souvent trompeuse, et qui, pour longue qu'elle soit, ne peut jamais faire ni de l'esclave un homme libre ni de l'homme libre un esclave (LL. 6 et 10, C., *De ing. man.*, VII, 14).

II. — CONDITIONS EXIGÉES PAR LE DROIT ANCIEN POUR LA VALIDITÉ DE LA *manumissio*; SPÉCIALEMENT DE SES FORMES.

Lib. I, tit. v, *De libertinis*, § 2. — Servi autem a dominis semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti quum prætor, aut proconsul aut præses in balneum vel in theatrum eat (Gaius, I, § 20).

L'usage est que les maîtres affranchissent leurs esclaves en toute circonstance, à tel point que l'affranchissement peut avoir lieu même au passage du magistrat, par exemple lorsque le préteur, le proconsul ou le président de la province se rendent au bain ou au théâtre.

53. D'après les principes anciens, la *manumissio* ne produit aucun effet qu'à la double condition, 1° d'émaner d'un propriétaire ayant sur l'esclave le droit le plus entier; 2° d'être faite dans certaines formes solennelles. La première condition, trop naturellement exigée pour avoir jamais pu disparaître, subsiste encore, au moins en principe, sous Justinien. Elle recevra plus loin (n°s 67 et s.) les développements qu'elle comporte. Quant à la seconde, elle disparut par l'effet de la loi *Junia Norbana*, en l'an 671 ou 672 de Rome, en ce sens que la liberté put être acquise à l'esclave par une manifestation quelconque de la volonté du maître; mais, à un autre point de vue, elle subsista jusqu'à Justinien, en ce que les esclaves affranchis sans solennités demeurèrent, même après la loi *Junia Norbana*, dans une condition inférieure : ils furent libres sans avoir le droit de cité. La question à examiner est donc celle-ci : quelles furent les formes requises, jusqu'à la loi *Junia Norbana*, pour que l'esclave devînt légalement libre, et depuis cette loi, pour qu'il acquît avec la liberté le droit de cité romaine?

L'ancien droit n'admettait d'autres modes d'affranchissement que la vindicte, le cens et le testament (Gaius, I, § 17). En dehors de ces trois formes, qui constituent la *manumissio legitima* (Ulp., I § 6), la volonté du maître se manifestait vainement, et l'esclave demeurait esclave, ainsi que l'atteste Cicéron (*Topic.*, 2). Il est remarquable que dans toute *manumissio legitima*, la volonté du maître n'est efficace

que par le concours de la volonté du peuple : dans la vindicte, le peuple est représenté par le préteur, le proconsul ou le président de la province; dans le cens, par le censeur. Dans le testament, il intervint directement, tant que cet acte exigea pour sa validité une *lex curiata;* plus tard, les trente curies y furent figurées par trente licteurs; enfin, à l'époque classique, le peuple n'est plus représenté que d'une manière tout à fait fictive, par les témoins du testament (n° 321). Cette intervention directe ou indirecte du peuple paraîtra très-naturelle, si l'on réfléchit que l'affranchissement touche à un intérêt public de l'ordre le plus élevé, puisqu'il donne un membre de plus à la cité.

54. *Vindicta.* — Des trois modes indiqués, celui-ci est le seul qui présente réunis ces deux caractères, d'être toujours à la disposition du maître et de produire immédiatement ses effets. La vindicte est une imitation de la *liberalis causa*, telle qu'elle s'engageait dans la procédure des *legis actiones* (n°s 742 et 797) : elle implique donc observation, mais dans un but différent, des règles et formalités que l'on suivrait s'il s'élevait un procès sérieux dans lequel un homme prétendu esclave et traité comme tel revendiquerait sa liberté. Elle suppose en présence quatre personnes : le maître, l'esclave, un tiers qu'on appelle *assertor libertatis,* et le magistrat. Voici le rôle de chacune : l'*assertor libertatis*, en sa qualité de demandeur (1), touche de la main l'esclave et prononce cette formule : *Aio hunc hominem liberum esse ex jure Quiritium;* puis il lui impose la *vindicta* (2), sorte de lance en bois qu'on appelle aussi *festuca* ou *hasta*, et qui figurait, comme symbole de la propriété, dans tous les procès en revendication. Cela fait, le magistrat demande au maître si de son côté il revendique. Dans un procès sérieux, le prétendu maître, jouant le rôle

(1) Un esclave ne peut pas *lege agere.* Si donc la personne dont la liberté est sérieusement contestée plaidait elle-même et était reconnue esclave, elle dirait aussitôt : « Je n'ai pas pu plaider, donc la sentence est nulle. » C'est pour éviter le cercle vicieux dans lequel on tomberait ainsi qu'on lui donne un représentant, par exception à la règle : *Nemo alieno nomine lege agere potest* (Gaius, IV, § 82).

(2) De là l'expression bizarre *imponere libertatem* (L. 4 pr., *De man. vind.*, XL, 2). C'est aussi par cet usage qu'il faut expliquer la dénomination de ce mode d'affranchissement. D'après Théophile (§ 3, *De libert.*), elle dériverait du mot *vindicare*, parce que l'esclave *vindicatur in libertatem.* Mais il est plus probable que *vindicta* et *vindicare* ont la même racine. A en croire Tite-Live (II 5), l'affranchissement *vindicta* devrait son nom à l'esclave Vindicius qui reçut la liberté pour avoir dénoncé le complot de Vitellius et des fils de Brutus. Cette étymologie est d'autant plus inadmissible que Vindicius ne fut certainement pas affranchi par la vindicte, mais par décision directe du sénat ou des magistrats.

de défendeur, prononcerait ces paroles : *Ego contra aio hunc hominem meum esse ex jure Quiritium;* et alors les parties seraient renvoyées devant un juge. Ici le maître déclare qu'il ne revendique pas; s'il le préfère, il se tait. Et le magistrat, s'autorisant de cet acquiescement à la revendication de l'*assertor*, prononce que l'esclave est libre. Cette déclaration s'appelle *addictio* (1). On voit que dans cette solennité l'esclave joue un rôle purement passif : la nécessité de sa présence s'explique néanmoins par cette vieille règle que dans les procès en revendication la chose revendiquée doit toujours être présente *in jure*, c'est-à-dire devant le magistrat, au moment de la prononciation des formules solennelles (Gaius, II, § 24; IV, § 16. — Boèce, *Sur les Topiques de Cicéron*, 2) (2).

A. Au surplus, pour éviter que plus tard, par fraude ou par erreur, l'affranchi ne se vît contester sa qualité d'homme libre, le maître devait lui fournir un écrit constatant la *manumissio* (*instrumentum manumissionis*) (3). Mais l'omission ou la perte de cet acte n'empêchait pas l'affranchi de prouver sa liberté par d'autres moyens quelconques (LL. 25 et 26, C., *De lib. caus.*, VII, 16).

A. Dans l'affranchissement *vindicta*, ce n'est pas la nécessité de résoudre un litige qui provoque l'intervention du magistrat : il ne fait que prêter son concours aux parties pour la réalisation d'un acte juridique qui l'exige. C'est ce que l'on exprime en disant que la *vindicta* n'appartient pas à la juridiction contentieuse, mais à la juridiction gracieuse (*voluntaria*). De ce caractère découlent les conséquences suivantes : 1° le magistrat peut procéder à l'affranchissement, même en dehors de son tribunal, par exemple en se rendant au bain ou au

(1) Dans l'usage le maître ou le licteur faisait pirouetter l'esclave sur lui-même. De là les mots *circumagere* ou *vertere servum* pour dire affranchir, *vertigo* pour signifier affranchissement (Senec., *Epist.*, 8, n° 6. — Pers., *Sat.* V, v. 74 à 78). Mais ce n'était pas là une formalité essentielle. A raison de la solennité de ses formes, l'affranchissement *vindicta* ne pouvait être fait par un maître sourd ou muet. Sourd, il n'entendait pas les paroles de l'*assertor;* muet, son silence forcé n'était pas un acquiescement (Paul, IV, 12 § 2). Du reste un tel maître pouvait se faire remplacer par son fils (L. 10, *De man. vind.*, XL, 2).

(2) Il paraît que sur la fin de l'époque classique la solennité de la *vindicta* fut simplifiée : on supprima la nécessité des paroles solennelles, et on n'exigea plus que la présence des licteurs au lieu de celle du magistrat (L. 23, *De manum. vind.*, XL, 2). Au surplus, l'empereur, étant au-dessus des lois, put toujours affranchir son esclave sans recourir à la *vindicta*. Il manifestait sa volonté, et c'était assez pour que la liberté fût acquise (L. 14 § 1, *De man.*, XL, 1).

(3) L'utilité d'un tel acte fut bien plus évidente lorsque des principes nouveaux eurent autorisé l'affranchissement par des conventions sans solennités (nos 62 et 66)

théâtre (§ 2 *sup.* — L. 7, *De manum. vind.*, XL, 2); 2° la présence d'un licteur n'est pas nécessaire (L, 8, *eod. tit.*); 3° le président de la province peut affranchir, même avant d'être arrivé dans son ressort, pourvu qu'il soit sorti de Rome (L. 2 pr; *De off. proc.*, I, 16); 4° le magistrat affranchit valablement ses propres esclaves par devant lui-même (1). Ainsi firent deux grands jurisconsultes, Javolénus et Julien (L. 5, *De manum. vind.*); 5° je puis ajouter que le *legatus* (2) du magistrat est toujours incompétent pour le représenter ici (L. 2 § 1, *De offic. proc.*, I, 16. — N° 732) (3).

55. *Cens.* — On a vu en quoi consiste l'opération du cens (n° 11). L'affranchissement *censu* suppose l'inscription de l'esclave, à titre de citoyen romain, sur les registres du cens. L'esclave venait lui-même, sur l'ordre du maître, se faire inscrire (Ulp., 1 § 8. — Théoph. sur le § 5, *De lib.* 1, 5). Mais ce fut, dès l'époque de Cicéron (*De Orat.*, I, 40), une question controversée, que de savoir si la liberté était acquise à l'esclave par l'effet immédiat de cette inscription ou seulement après la clôture du lustre (4). La controverse existait encore au IIIe siècle, c'est Dosithée (5) qui l'atteste (*Disp. de man.*, § 17). Mais elle n'avait plus qu'un faible intérêt historique.

Ce mode d'affranchissement n'était applicable que tous les cinq ans, car tel était l'intervalle régulier qui séparait deux cens successifs. De plus, il ne fut jamais connu dans les provinces, le cens y étant remplacé par des déclarations (*professiones*) que les contribuables faisaient devant des *censitores* chargés de les recevoir et de les contrôler (Dosith., *loc. cit.*). A Rome même, il tomba en désuétude sous l'empire, et c'est

(1) Par voie de conséquence, lorsqu'il est tuteur, il peut tout ensemble autoriser son pupille à affranchir et faire lui-même l'affranchissement (L. 1, *De man. vind.*). Deux textes portent que le magistrat ne peut pas affranchir ses esclaves devant un magistrat dont il est l'égal. S'ils ne sont point altérés, leur décision est étrange (L. 14 pr., *De man.* — L. 18 § 1, *De man. vind.*).

(2) Le mot *legatus* désigne aussi le président des provinces placées sous l'administration directe de l'empereur (Gaius, I, § 101). En ce sens, le *legatus* est compétent pour figurer à la *manumissio*.

(3) Cette décision est contredite par un autre texte dont l'altération ne peut guère paraître douteuse. (L. 17 § 1, *De man. vind.*)

(4) *Lustrum* désigne soit l'espace de cinq ans qui s'écoule entre deux censures, soit les sacrifices purificatoires par lesquels se terminaient les opérations du cens. Ces sacrifices étaient appelés *suovetaurilia* (Tit.-Liv., I, 44).

(5) Dosithée, grammairien et rhéteur du troisième siècle, composa sous les noms de Ἑρμηνεύματα ou *Interpretamenta*, un ouvrage dont il nous reste deux fragments, des *Divi Adriani Sententiæ* et une *Disputatio forensis de manumissionibus*, l'un et l'autre en double original, l'un grec, l'autre latin.

pourquoi Ulpien ne parle de l'affranchissement *censu* qu'à l'imparfait (I § 8) (1).

L'affranchissement *censu* fut remplacé sous Constantin par l'affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis*. Bien avant ce prince, c'était un usage des chrétiens de déclarer dans l'église, en présence du peuple et des prêtres (2), leur volonté d'affranchir tel esclave. Mais cette manifestation de la volonté, toute solennelle qu'elle était, ne pouvait avoir d'autre résultat que de donner à l'esclave une liberté de fait; il vivait *in libertate* sans être légalement libre. Constantin, érigeant cet usage en un mode régulier d'affranchissement, l'assimila, qnant à ses effets, aux autres modes reconnus par le droit ancien (LL. 1 et 2, C., *De his qui in eccl.*, I, 13). Il est probable, toutefois, que les chrétiens catholiques purent seuls en user.

56. *Testament.* — Ce mode d'affranchir était implicitement consacré par une disposition générale des Douze Tables, qui donnait effet à toutes les volontés manifestées dans un testament régulier (Ulp., I § 9. — Tabul. V, 1). Le testateur exprime sa volonté d'affranchir ou dans la forme des legs *per vindicationem : Stichus liber esto*, ou dans la forme des fidéicommmis : *Heres meus, rogo te ut Stichum manumittas* (N°s 378 et 379). Au premier cas, on dit que l'affranchissement est fait *directo*, et que l'esclave reçoit la *libertas directa;* au second cas, il n'a que la *libertas fideicommissaria* (Ulp., II § 7) (3).

Il importe, à trois points de vue principaux, de distinguer entre ces deux formes : 1° le legs de liberté ne peut être laissé, comme tout autre legs, que par testament ou par codicille confirmé dans un testament; le fidéicommis de liberté peut être laissé par codicille quelconque (L. 43, *De manum. test.*, XL, 4); 2° le legs de liberté a son effet dès l'adition d'hérédité, et sans aucun acte spécial de l'héritier : par le fidéicommis

(1) Cependant il y eut encore un cens après Ulpien, sous Décius, en l'an 250. L'avant-dernier avait eu lieu en 73 sous Vespasien. Les *professiones* remplacèrent le cens même en Italie. Au fond, elles rendaient exactement le même service, mais sans intervention d'un censeur et sans accompagnement de cérémonies religieuses.

(2) Les constitutions de Constantin emploient le pluriel *antistites*, et c'est pourquoi, bien que ce mot désigne quelquefois tout particulièrement les évêques par opposition aux autres *clerici* (LL. 22 et 25, C., *De episc.*, I, 4), je crois que la présence des simples prêtres suffit ici.

(3) Dans tous les cas l'affranchissement, aux termes de la loi *Furia Caninia*, devait être fait *nominatim;* non qu'il fût absolument nécessaire de nommer l'esclave, il suffisait de le désigner assez nettement pour qu'il n'y eût pas de doute sur son individualité (Gaius, II, § 239. — Paul, IV, 14 § 1). La règle ainsi entendue, il est impossible d'y rattacher, comme le fait Justinien (Inst., § 25, *De legat.*, II, 20),

de liberté, l'esclave acquiert simplement un droit à être affranchi; mais il ne devient libre que lorsque l'héritier l'a rendu tel par la vindicte ou le cens (1). D'où il suit que l'esclave affranchi directement a pour patron le défunt et s'appelle *libertus orcinus*, tandis que l'esclave affranchi en exécution d'un fidéicommis a pour patron l'héritier (Ulp., II § 8) (2); 3° la liberté n'a pu être valablement léguée qu'à l'esclave dont le défunt était propriétaire *ex jure Quiritium* soit au jour de la confection de son testament, soit aussi au jour de sa mort (L. 35, *De man. test.*, XL, 4). Le fidéicommis de liberté, au contraire, peut être imposé au profit d'un esclave quelconque, même de l'esclave d'autrui (Ulp., II § 10). Dans ce dernier cas, l'héritier est tenu de faire toutes les démarches nécessaires pour l'acquérir, et, s'il y réussit, de l'affranchir. S'il n'y réussit pas, c'est-à-dire si le propriétaire en exige un prix excessif ou se refuse absolument à le vendre (3), le droit classique tient le fidéicommis pour éteint. Justinien, plus humain, se borne à en reculer l'effet jusqu'au jour où l'héritier trouvera une occasion favorable pour acheter l'esclave (Gaius, II, § 265. — Inst., § 2, *De sing. reb. per fid.*, II, 24) (4).

cette autre règle du droit ancien qui annulait l'affranchissement testamentaire d'un *servus incertus*. Si, par exemple, j'ai dit : *Que mon héritier donne la liberté au premier esclave qui saluera mon convoi*, j'ai nettement désigné une personne dont je ne puis me faire une idée nette. La liberté est donc bien donnée *nominatim*, mais elle est donnée à une personne incertaine. La nullité de la disposition tient à ce que les personnes incertaines ne peuvent généralement recevoir aucune libéralité testamentaire. On verra plus tard (nos 328 et 329) que Justinien a abrogé cette règle avec toutes ses conséquences.

(1) C'est pourquoi il n'est pas douteux que, lorsqu'on considère le testament comme un mode spécial d'affranchir, c'est seulement au legs de liberté qu'on se réfère. Et cela explique très-bien que le Digeste et le Code, après avoir consacré un titre spécial aux affranchissements testamentaires, traitent à part des affranchissements fidéicommissaires (D., XL, 4 et 5. — C., VII, 2 et 4). Mais mon observation n'est plus vraie lorsqu'il s'agit d'une prohibition d'affranchir par testament. Une telle prohibition comprend aussi bien le fidéicommis que le legs.

(2) Qu'arrive-t-il lorsque l'héritier n'exécute pas le fidéicommis de liberté et que pourtant le droit de l'esclave est certain et exigible? Dans tous les cas, un décret du magistrat intervient pour déclarer la liberté acquise. Mais est-elle réputée résulter du testament même ou seulement du fait de l'héritier? en d'autres termes, l'esclave devient-il *libertus orcinus* ou *libertus heredis?* Pour répondre à la question, on distingue si l'inaction de l'héritier a été volontaire ou indépendante de tout calcul, et c'est seulement dans ce second cas que les droits de patronage lui sont réservés (L. 26 § 7; L. 28 §§ 4 et 5, *De fid. lib.*, XL, 5).

(3) Ce refus n'est légal qu'autant que le propriétaire ne tient rien des dernières volontés du défunt (L. 6, C., *De fid. lib.*, VII, 4).

(4) Cette décision nouvelle s'est glissée au code dans une constitution placée sous le nom d'Alexandre Sévère, mais évidemment altérée par Justinien (L. 6, C., *De fid. lib.*, VII, 4).

A. Deux différences importantes séparent les affranchissements testamentaires des affranchissements entre-vifs : 1° l'esclave affranchi entre-vifs garde son pécule, à moins que le maître ne le lui retire expressément (1). L'esclave affranchi par testament ne peut le réclamer qu'en vertu d'un legs formel (Inst., § 20, *De leg.*, II, 20. — *Fr. Vat.*, § 261). Car ici ce n'est plus le maître qui perdrait le pécule, c'est son héritier, et l'on ne peut pas admettre que l'héritier voie diminuer son bénéfice par l'effet d'une simple présomption de volonté; 2° la *vindicta* et le *census* excluent l'apposition expresse d'un terme ou d'une condition : car, dans la *vindicta*, l'*assertor libertatis* affirme la liberté actuelle de l'esclave; et les registres du cens ne comportent l'inscription d'un homme comme citoyen qu'autant que cette qualité lui appartient dès à présent (2). Tout au contraire, l'affranchissement testamentaire se prête à l'apposition de ces deux modalités, de telle façon que l'effet du legs de liberté soit ou reculé jusqu'à une certaine époque ou subordonné à l'arrivée d'un événement futur et incertain. Dans le premier cas, le legs est fait *ex die;* dans le second cas, *sub conditione*. A partir de l'adition d'hérédité, l'esclave affranchi sous condition s'appelle, tant que la condition demeure en suspens, *statuliber :* il passe, en attendant, sous la puissance de l'héritier; mais, que la condition s'accomplisse, ou que l'héritier en rende l'accomplissement impossible, à l'instant même il deviendra libre; il le deviendra, quand même il aurait été aliéné (Ulp., II §§ 1 à 6 (3). Au surplus, le principe de l'irrévocabilité de la liberté s'oppose à ce que,

(1) Cette particularité n'explique-t-elle pas le vers connu de Virgile :

Nec spes *libertatis* erat, nec cura peculi.

(Egl. I, v. 33.)

L'espoir d'obtenir la liberté était pour l'esclave le plus fort stimulant à une sage et active exploitation de son pécule.

(2) Cependant la *vindicta* admet la condition ou le terme tacites (L. 77, *De reg. jur.*, L, 17); je veux dire que l'effet peut en être suspendu ou reculé en vertu de la volonté, expresse ou non, mais évidente, du maître, pourvu que cette volonté ne s'exprime pas dans la formule même de la *manumissio*. Ainsi Marcellus (L. 15, *De manum.*, XL, 1) nous donne l'exemple d'un affranchissement qui ne doit produire son effet qu'à la mort du maître et par la survie de l'esclave.

(3) Soit un esclave affranchi sous condition par testament : toute usucapion, aliénation, ou affranchissement dont il serait l'objet antérieurement à l'adition d'hérédité ferait périr le legs de liberté, et cela par une conséquence de ce que la qualité de *statuliber* ne lui est pas encore acquise (L. 2 pr., *De statul.*, XL, 7). Mais comment s'expliquer l'aliénation ou l'affranchissement d'un esclave héréditaire, alors que l'hérédité est encore jacente? L'aliénation se comprend s'il fait partie du pécule d'un *ordinarius*. Quant à l'affranchissement, il peut résulter, cela se voyait quelquefois, de la volonté du peuple ou du magistrat.

même par testament, elle soit conférée *ad diem* ou *ad conditionem*, c'est-à-dire de manière à être acquise dès l'adition d'hérédité, mais à cesser à une certaine époque ou par l'arrivée d'un certain événement. Le legs ainsi fait aurait pu être déclaré nul : par faveur pour la liberté, on le répute pur et simple (LL. 33 et 34, *De manum. test.*, XL, 4).

III. — EFFET D'UNE *manumissio* RÉGULIÈRE D'APRÈS LE DROIT ANCIEN. CONDITIONS AJOUTÉES PAR LA LOI *Ælia Sentia* POUR QUE L'AFFRANCHI DEVIENNE CITOYEN ROMAIN.

57. On compare l'esclavage à la mort (L. 209, *De reg. jur.*, L, 17). L'on peut donc comparer l'affranchissement à la procréation (Nov. 78, cap. 2). L'esclave devenu libre tient de son maître, non pas l'existence physique, mais la vie civile. Chose tout à l'heure, il est devenu homme par le bienfait de la liberté; en ce sens, il est l'œuvre du patron (1). Et de là un principe que Denys d'Halicarnasse (IV, 22 à 24) attribue à Servius Tullius, et que les Institutes (§ 3, *De libert.*, I, 5) font remonter à l'origine même de Rome : c'est que le *manumissus* emprunte la nationalité du *manumissor* (2). Ce principe fut longtemps appliqué d'une manière absolue. C'est pourquoi, si l'affranchissement fait par un citoyen romain n'était pas conforme aux règles qui viennent d'être indiquées, il demeurait sans aucun effet; s'il y était conforme, l'esclave obtenait d'un même coup et la liberté et le droit de cité. Ces règles subirent des dérogations en deux sens différents : d'une part, la loi *Junia Norbana*, loi favorable aux esclaves, admit l'acquisition du droit de cité. D'autre part, la loi *Ælia Sentia*, loi restrictive, conçue dans le but d'empêcher que la générosité irréfléchie ou même perverse du maître n'encombrât Rome de citoyens souvent indignes, exigea deux conditions nouvelles pour que l'affranchi obtînt avec la liberté le droit de cité. Il fallut : 1° qu'il fût âgé de trente ans au jour de l'affranchissement

(1) Cette idée explique très-bien pourquoi le patron communique à l'affranchi son nom (Tertull., *De resurr. carn.*, 57. — Aulu-Gelle, IV, 10; VII, 3), son *origo* (page 109, note 2), son domicile (L. 6 § 3, *ad munic.*, L, 1), et même ses *jura sepulcri* (Orell., *Inscr.*, 4434 et 4436). Elle explique aussi pourquoi l'affranchi ne pouvant avoir d'autre famille civile que celle qu'il se fait lui-même, savoir sa descendance, le patron et la famille du patron remplacent à son égard les agnats (nos 133 et 426). Enfin elle explique le *jus obsequii* dont je parlerai tout à l'heure (n° 59).

(2) Ce principe a pour conséquence que l'affranchi d'un Latin sera Latin, et l'affranchi d'un pérégrin, pérégrin lui-même (Pline le Jeune, *Ep.*, X, 4. — Dosith., *De man.*, § 12).

(Ulp., I § 12) (1); 2° que pendant tout le cours de son esclavage il n'eût jamais été soumis à certaines peines ou flétrissures énumérées par la loi (Ulp., I § 11. — Gaius, I, § 13) (2). On dit des affranchis citoyens romains qu'ils ont *major et justa libertas* (Inst., § 3, *De libert.*). Leur liberté est *major* parce que le droit de cité leur fait une situation préférable à celle des autres affranchis. Elle est *justa* en ce qu'elle est acquise conformément aux principes de l'ancien droit.

IV. — DE LA CONDITION JURIDIQUE DES AFFRANCHIS ROMAINS.

58. — Il faut envisager la condition de l'affranchi, soit comme membre de la société, soit dans ses rapports avec son ancien maître devenu son patron.

Comme membre de la société, il est notablement inférieur aux ingénus.

Au point de vue du droit public, cette infériorité se manifeste de trois façons : 1° les affranchis, comme on l'a vu, n'ont qu'un droit de suffrage illusoire (n° 15); 2° ils sont absolument privés du *jus honorum*. Les honneurs municipaux eux-mêmes leur sont interdits, et une loi Visellia, encore en vigueur sous Justinien, punit sévèrement celui qui, en vue de contrevenir à la défense, essaye de se faire passer pour ingénu (L. unic., C., *Ad. leg. Vis.*, IX, 21.—L. 1, C., *Si serv. aut lib.*, X, 32); 3° ils sont exclus du service militaire, du moins dans les armées de terre (3). Les nombreux textes qui établissent cette incapacité témoignent en même temps qu'on savait l'oublier en cas de danger ou de besoin exceptionnel (Tit.-Liv., X, 21; XXII, 11). Un passage de Suétone (*Oct. Aug.*, 25) prouve qu'à l'époque d'Auguste on répugnait encore à faire entrer les affranchis dans les armées. Mais le service

(1) Par exception, l'esclave qui n'a pas trente ans devient citoyen lorsqu'il est affranchi *vindicta* et *justa causa probata apud consilium*, c'est-à-dire dans des conditions identiques à celles qui, comme on le verra bientôt, assurent la validité des affranchissements faits par un maître mineur de vingt ans (Gaius, I, §§ 18 à 20. — Nos 70 et s.).

(2) Denys d'Halicarnasse, qui vivait à l'époque où fut promulguée la loi Ælia Sentia, a un curieux passage (IV, 24) sur les mobiles généralement peu honorables qui de son temps déterminaient les maîtres à affranchir. Les abus qu'il signale expliquent à merveille l'esprit en apparence peu généreux de cette loi. Il faut consulter aussi Suétone (*Oct. Aug.*, 40).

(3) Tite-Live nous les montre servant dans la marine (XL, 18; XLII, 27, 31; XLIII, 12). Mais cela veut-il dire qu'ils ne fussent point en règle générale exclus des armées de mer, ou seulement qu'en fait on les y admettait avec plus de facilité que dans les armées de terre? La question me paraît douteuse.

militaire ayant cessé d'être l'exercice d'un droit pour dégénérer en métier ou se résoudre en une pure charge, cette incapacité dut logiquement disparaître, et elle disparut en effet, ainsi que l'implique une disposition de la loi *Visellia* qui admettait les affranchis Latins eux-mêmes à servir dans les gardes de Rome (Ulp., III § 5. — Tacit., *Ann.*, XIII, 27).

Au point de vue du droit privé, l'infériorité de l'affranchi s'accusait énergiquement, sous la république, par le défaut de *connubium* avec les ingénus (Tit.-Liv., XXXIX, 19). Mais on verra plus loin (n° 91) que cette incapacité disparut sous Auguste. Dans le droit classique, l'affranchi resta inférieur sur un point secondaire : l'acquisition du *jus liberorum*, je veux dire de certains avantages attachés au nombre des enfants, lui fut moins facile qu'à l'ingénu ; il lui fallait, toutes choses égales d'ailleurs, un enfant de plus (Gaius, I, § 194. — Inst., § 2, *De sct. Tert.*, III, 3).

A. Enfin, en matière criminelle, l'affranchi, à la différence des autres hommes libres, peut, en principe, être soumis à la torture comme témoin, excepté contre son patron (L. 1 § 9, *De quæst.*, XLIX, 18). Et il n'est pas besoin d'ajouter que là où la loi punit les *humiles homines* plus sévèrement que les *homines honesti*, il compte parmi les premiers. De plus il n'est pas admis, sans être personnellement lésé, à intenter une accusation publique, à moins d'être père d'un fils ou d'avoir une fortune de 30,000 sesterces au moins (*Collat. leg. Mos.*, tit. IV, cap. 4 et 5).

59. Quant aux rapports de l'affranchi avec le patron, ils se résument dans ce que les Romains appellent *jura patronatus* (1). Ces *jura* comprennent : 1° des droits à la tutelle et à la succession de l'affranchi, qui seront expliqués ultérieurement (n°s 133, 426 et s.); 2° le droit à une certaine déférence (*obsequium* ou *reverentia*).

Ce dernier droit, sur lequel je ne reviendrai plus d'une manière générale, entraîne une foule de conséquences pratiques dont voici les principales : 1° L'affranchi ne peut jamais ni intenter une accusation publique contre son patron, ni témoigner contre lui dans une affaire criminelle. Sur ce dernier point, du reste, il y a réciprocité (L. 8, *De accus.*, XLVIII, 2. — L. 21, C., *Qui acc. non*

(1) Ces *jura patronatus* sont des restes énergiques de la puissance dominicale, et ils nous font comprendre pourquoi dans l'ancienne langue le mot *servus* avait une signification large où il désignait à la fois les esclaves et les affranchis. Cette langue était encore celle de la loi Cincia rendue au VIe siècle de Rome (*Fr. Vat.*, §§ 307 et 308).

poss., IX, 1. — Paul, V, 15 § 3. — L. 4, *De test.*, XXII, 5. — *Coll. leg. mos.*, IX, 2). 2° En matière civile, une autorisation du magistrat lui est absolument nécessaire pour actionner en justice soit le patron, soit même ses ascendants ou descendants (Inst., § 12, *De act.*, IV, 6. — L. 4 § 1, *De in jus voc.*, II, 4). 3° Même avec cette autorisation, il ne peut ni intenter contre le patron une action infamante, ni lui opposer les exceptions *doli mali* ou *metus* (L. 11 § 1, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 4 § 16, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4. — L. 2 pr.; L. 7 § 2, *De obseq.*, XXXVII, 15). Et en aucun cas il ne peut le faire condamner au delà de ses moyens (Inst., § 38, *De act.*, IV, 6); 4° il doit des aliments à son patron dans le besoin (L. 5 §§ 18 et s., *De agnosc. et alend. lib.*, XXV, 3) (1); 5° le consentement de ce dernier lui est nécessaire pour se donner en adrogation à un tiers (L. 15 § 3, *De adopt.*, I, 7); 6° appelé à la tutelle ou à la curatelle des enfants de son patron, il ne peut s'y dérober par les excuses que le droit commun fournirait à toute autre personne (L. 5, C., *De excus.*, V, 62. — *Fr. Vat.*, §§ 152 et 160); 7° jusqu'au consulat d'Ateius Capito sous Auguste, le patron pouvait épouser sa *liberta* malgré elle (LL. 28 et 29, *De rit. nupt.*, XXII, 2). De cette règle abrogée un débris subsiste dans le droit classique : la *liberta*, épouse ou concubine de son patron, ne peut divorcer ou se séparer de lui sans perdre, dans le premier cas, le droit de recouvrer sa dot, dans l'un et l'autre cas, le droit de s'unir *invito patrono* avec un autre homme, soit en mariage, soit en concubinat (L. 51 pr., *De rit. nupt.*, XXIII, 2. — LL. 10 et 11, *De divort.*, XXIV, 2. — L. 2 pr., *De concub.*, XXV, 7); 8° Le patron étant surpris en adultère avec la femme de son affranchi, celui-ci ne le tue pas impunément, nonobstant la réunion des circonstances qui rendraient licite le meurtre de tout autre (L. 38 § 9, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5); 9° enfin, on a vu que l'ingratitude de l'affranchi peut le faire retomber en servitude (n° 38).

60 *a*. La condition des affranchis n'était pas héréditaire, et il n'est pas douteux que, soit dans le droit ancien, soit dans le droit de l'époque impériale, leurs descendants naissent ingénus (Suet., *Tiber. Claud.*, 24. — L. 11 pr., C., *De oper. libert.*, VI, 3). On a dit, cependant, que les fils d'affranchis étaient privés du *jus honorum ;* et

(1) Cette obligation était jusqu'à un certain point réciproque, en ce sens que le patron qui refusait des aliments à son affranchi dans le besoin perdait sa qualité et ses droits de patron, mais il ne pouvait être contraint de les fournir (L. 6 pr., *De agnosc. vel alend. lib.*, XXV, 3; — L. 5 § 1, *De iur. patr.*, XXXVII, 14).

certainement les mœurs répugnèrent longtemps à les admettre, soit au sénat, soit aux magistratures (Horat., *Sat.*, I, 6, v. 21; — Tacit., *Annal.*, XI, 24; — Suet., *Nero*, 15). Cette répugnance ne s'arrêtait même pas aux enfants d'affranchis. En l'an de Rome 442, le censeur Appius Claudius ayant fait entrer au sénat des petits-enfants d'affranchis, ce fut un tel scandale que les consuls de l'année suivante ne craignirent pas de mettre de côté ces nouveaux sénateurs et de convoquer à leur place ceux qui avaient été exclus. Ce fut un scandale non moins grand, lorsqu'en l'an 440 Cneius Flavius, petit-fils d'affranchi et secrétaire de ce même Appius Claudius, ayant divulgué les formules des *legis actiones*, fut, en reconnaissance de ce bienfait, nommé édile curule (Tit.-Liv., IX, 29, 30 et 46; — L. 2 § 7, *De orig. jur.*, I, 2) (1). Mais tout cela prouve-t-il que les descendants d'affranchis fussent frappés d'une véritable incapacité politique fondée sur des dispositions expresses de la loi? Je ne le pense pas; et je me fonde notamment sur ce que, pour empêcher à l'avenir des élections semblables à celles de Flavius, on ne trouva pas d'autre moyen que de modifier la composition des tribus. C'est alors que de réelles on les rendit personnelles (n° 15).

Quant aux rapports établis entre le patron et l'affranchi, ils subsistaient, mais dans une mesure très-réduite, entre les enfants du patron et l'affranchi d'une part (2); d'autre part, entre les enfants de l'affranchi et le patron (3). Ainsi l'affranchi devait des aliments aux enfants de son patron (L. 5 § 20, *De agnosc. et al. lib.*, XXV, 3), et les enfants du patron succédaient à l'affranchi (Gaius, III, § 58). Pareillement, s'ils étaient ses débiteurs, ils ne pouvaient être condamnés envers lui que dans la limite de leurs moyens (L. 17, *De re jud.*, XLII, 1).

V. — COMMENT S'EFFACE L'INFÉRIORITÉ DES AFFRANCHIS CITOYENS.

61. Malgré leur infériorité légale, les affranchis réussissaient souvent, par le talent, la fortune ou l'intrigue, à conquérir en fait une

(1) Pour comprendre ces textes, il faut se rappeler l'ancienne signification du mot *libertinus* (page 118, note 1).

(2) Aussi dans la langue des Douze Tables l'appellation de *patronus* s'étendait aux enfants du patron (*Fr. Vat.*, § 308).

(3) Il faut se rappeler ce qui a été dit (page 91, note 1) des effets de l'ingratitude dans la législation du Bas-Empire. On verra bientôt (n° 96) que peut-être l'affranchissement établissait dans l'ancien droit entre la famille du *manumissor* et celle du *manumissus* un lien qu'on appelait *gentilitas*.

place élevée dans la société. Térence, Phèdre, Épictète, étaient des affranchis. Sous Claude, Narcisse et Pallas occupèrent d'importantes fonctions à la cour. L'un et l'autre reçurent du sénat les insignes d'une charge qu'ils n'avaient point exercée, Narcisse ceux de la questure, Pallas ceux de la préture (Suét., *Tib. Claud.*, 28). Pline le Jeune (Ep., III, 14) cite un affranchi qui fut préteur, et sous Commode il y en eut un qui fut préfet du prétoire (Lamprid., *Comm.*, 6). L'opinion de la masse tendait donc à effacer la différence légale qui séparait les affranchis des ingénus. Les vrais Romains, ceux qui avaient conservé le sentiment de la dignité nationale, s'en indignaient. Perse (Sat. V, v. 74 et s.) s'emporte contre les prétentions des affranchis. Pline le Jeune, qui rapporte le sénatus-consulte relatif aux honneurs décernés à Pallas, le commente avec ironie (Epist., VIII, 6), et Tacite (*Germ.*, 25) note, comme signe de liberté chez les Germains, l'infériorité profonde des affranchis; comme signe de servitude à Rome, l'égalité que les mœurs tendaient à établir entre eux et les ingénus. Le grand écrivain se trompait comme homme, mais il avait raison comme Romain; les ingénus descendaient plutôt que les affranchis ne s'élevaient; et l'égalité, progrès en elle-même, ne se réalisait que par l'insignifiance de plus en plus marquée des droits du citoyen et par l'abaissement de tous sous le niveau d'une même oppression.

Sous cette double influence des faits et de l'opinion, il était naturel que la législation organisât certains moyens de relever l'affranchi de son état d'infériorité. De là le *jus aureorum annulorum* et la *restitutio natalium* (1). Ces deux bénéfices, l'un et l'autre accordés par le prince, étaient loin de présenter la même plénitude d'effets. La *restitutio natalium*, son nom même l'indique, efface complétement la qualité d'affranchi, elle rend l'homme légalement ingénu; au contraire, le *jus aureorum annulorum* ne procure à l'affranchi les avantages de l'ingénuité que dans ses rapports avec les tiers et comme

(1) L'anneau d'or, jadis signe distinctif des chevaliers, était devenu celui de tous les ingénus. De là vient le nom du *jus aureorum annulorum*. Quant à la *restitutio natalium*, c'est proprement le redressement de la naissance. Il est évident que cette expression, envisagée dans la rigueur de son sens étymologique, ne conviendrait qu'à des affranchis nés en esclavage. Mais on l'applique également aux personnes affranchies d'une servitude encourue *jure civili*. Il paraît probable que le *jus aureorum annulorum* existait déjà au temps d'Auguste (L. 42, *Ad leg. Jul. De adult.*, XLVIII, 5). L'histoire nous le montre accordé par Galba et Vitellius (Suet., *Galba*, 14. — Tacit., *Hist.*, I, 13; II, 57). La *restitutio natalium* est probablement de création un peu plus récente. Cependant il en est déjà question dans la correspondance de Pline le Jeune (X, 78 et 79).

membre de la société, mais non dans ses rapports avec le patron. Les Romains formulent ces idées en disant que le *natalibus restitutus* est ingénu ou qu'il a *statum ingenuitatis*, tandis que la concession du *jus aureorum annulorum* donne seulement *imaginem ingenuitatis* ou *jura ingenuitatis salvo jure patroni* (L. 2, C., *De jur. aur. annul.*, VI, 8. — L. 2, *De jur. aur. annul.*, XL, 10). Il suit de là que ces deux bénéfices confèrent l'un et l'autre à l'affranchi l'aptitude aux honneurs (L. unic., C., *Ad leg. Visell.*, IX, 21), mais que la *restitutio natalium* éteint tous les droits du patron, tandis que le *jus aureorum annulorum* lui laisse et ses droits de succession et son droit à l'*obsequium* avec les nombreuses conséquences qui en découlent (L. 3 pr. et § 1, *De bon. lib.*, XXVIII, 2. — L. 2, *De nat. rest.*, XL, 11. — L. 5, *De jur. aur. annul.*, XL, 10. — L. 10 § 3, *De in jus vocand.*, II, § 4). Cette différence d'effets nous explique pourquoi la *restitutio natalium* exigeait le consentement exprès du patron ou de ses enfants, tandis que la concession du *jus aureorum annulorum* était valable par cela seul que le patron informé ne s'y opposait pas (LL. 2 et 4, *De nat. restit.* — L. 3, *De jur. aur. annul.*) (1).

VI. — DES AFFRANCHIS LATINS JUNIENS OU DÉDITICES.

Lib. I, tit. v, *De libertinis*, § 3. — Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat : nam qui manumittebantur, modo majorem et justam libertatem consequebantur, et fiebant cives romani; modo minorem, et Latini ex lege Junia Norbana fiebant; modo inferiorem, et fiebant ex lege Ælia Sentia deditiorum numero.

Autrefois il y avait trois degrés dans la condition des affranchis : en effet, ils acquéraient tantôt une liberté pleine et conforme aux principes du droit, et ils devenaient citoyens romains; tantôt une liberté moindre, et ils devenaient Latins d'après la loi *Junia Norbana;* tantôt une liberté d'un ordre encore inférieur, et ils étaient rangés d'après la loi *Ælia Sentia* parmi les déditices.

62. J'ai déjà signalé (n° 57) ces deux lois comme dérogeant au principe ancien d'après lequel il n'y avait à Rome que des affranchis

(1) Nous avons de Pline le Jeune deux lettres (X, 4 et 8) où demandant à Trajan d'accorder le *jus Quiritium* à certains affranchis, il a soin de constater que leurs patrons y consentent. Cela paraît bien indiquer que sous un autre nom il désigne ici la *restitutio natalium*.

citoyens. La loi *Junia Norbana*, rendue, selon moi, en l'an 671, d'après d'autres en l'an 772 de Rome (1), institua les affranchis Latins Juniens et organisa leur condition. La loi *Ælia Sentia*, qui appartient à l'an 757 (2), créa une nouvelle cause de Latinité (3) et institua les déditices. Conformément à l'ordre chronologique, étudions d'abord ce qui concerne les Latins.

Les causes générales (4) qui impriment à l'affranchi cette qualité de Latin sont au nombre de trois (Gaius, I, § 17) :

1° Le maître a manifesté sa volonté d'affranchir, mais sans recourir à l'une des trois formes solennelles. Dans l'ancien droit, l'esclave

(1). On trouve en 671 un consul Junius Norbanus, en 772 deux consuls appelés l'un Junius Silanus, l'autre Norbanus Flaccus. De là le doute. La date de 671 me paraît beaucoup plus probable. Je n'allèguerai pas à l'appui de mon opinion qu'il n'est guère d'usage qu'une loi prenne les noms des deux consuls ; on me répondrait en me citant les lois Valeria Horatia (Tit.-Liv., III, 55), Gellia et Cornelia (Cic., *pro Balbo*, 16), Julia et Titia (Inst., pr., *De Atil. tut.*, XX, 20). Mais dans l'opinion contraire il y a contradiction entre Gaius (I, §§ 29, 31, 66) et Dosithée (*De man.*, § 12). Dosithée affirme que c'est la loi Junia qui a introduit la classe des Latins Juniens, affirmation rendue plus que vraisemblable par le nom même de cette espèce d'affranchis ; et Gaius nous apprend que la loi *Ælia Sentia* déclara Latins les esclaves affranchis avant l'âge de trente ans. Or cette loi étant sûrement de l'an 757, ce serait bien elle, et non pas la loi *Junia Norbana*, qui aurait créé les premiers affranchis latins, si cette dernière ne remontait pas au delà de l'an 772. Toutefois, on allègue en sens contraire les Topiques de Cicéron (*Topic.*, 2), où il est dit que nul esclave n'acquiert la liberté autrement que par la vindicte, le cens ou le testament. Les *Topiques* n'ayant été écrites qu'en l'année 710 de Rome, on ne peut répondre à cette objection qu'en admettant que Cicéron se réfère exclusivement aux modes d'affranchir consacrés par l'ancien droit civil. On allègue encore, en faveur de la date de 772, un texte d'Ulpien (I § 12) ; mais, quel que soit dans ce texte le sens de la phrase, évidemment altérée ou interpolée, qui commence par *ideo*, la fin prouve que la loi *Ælia Sentia* reconnaissait les Latins. De sorte que la conclusion qu'on tire de cette phrase mettrait Ulpien, comme Gaius, en contradiction avec Dosithée. En faveur de mon opinion, je ferai remarquer encore que le consulat de Junius Norbanus se rapporte à l'époque des guerres civiles de Sylla et de Marius, et que ce magistrat figurait ainsi que son collègue Scipion dans le parti démocratique, parti qui donna le droit de cité aux Italiens (Vell. Paterc., II, 25). Or évidemment reconnaître efficaces des affranchissements autrefois nuls, cela partait, comme l'extension du droit de cité à toute l'Italie, d'une pensée toute démocratique. Rien d'étonnant donc si les deux mesures sont à peu près contemporaines (Voir page 136, note 1). Voir Coulanges L'invasion germanique 101 n. 4

(2) Suétone (*Oct.*, *Aug.*, 40) fait allusion aux dispositions de cette loi sans la nommer.

(3) C'est donc à tort que Justinien (§ 3 *sup.*) rattache à la loi Junia Norbana toutes les causes qui impriment à un affranchi la qualité de Latin Junien.

(4) La condition d'affranchi Latin résultait aussi de certaines circonstances toutes particulières (L. unic. §§ 3 et 4, C., *De Latin. libert.*, VII, 6. — L. 3, *Ad. sct. Claud.*, C. Th., IV, 11).

demeurait légalement esclave : il continuait de n'acquérir que pour son maître, et évidemment lorsqu'il s'agissait d'une femme, ses enfants au premier degré et tous ses descendants ultérieurs par les filles naissaient esclaves. Le préteur interposait, il est vrai, son autorité pour empêcher que le maître ne reprît en fait l'exercice de ses droits sur la personne du *manumissus* (Gaius, III, § 56. — Dosith., *De man.*, §§ 5 à 7). Mais de là un grand inconvénient : c'est qu'à la longue la cité aurait été remplie de *servi in libertate*, condition anomale et équivoque, singulièrement propre à faciliter l'usurpation des droits de cité. C'est pourquoi la loi *Junia Norbana* régularisa la situation juridique de ces personnes : elle les reconnut vraiment libres, mais elle leur refusa la qualité de citoyens et en fit des Latins (1).

2° Il pouvait arriver, conformément à des principes fort arbitraires qui seront expliqués plus tard (n°s 229 et 282), qu'une personne eût un esclave *in bonis*, tandis qu'une autre avait sur lui le *nudum dominium ex jure Quiritium*. Cette dernière, n'ayant plus la puissance dominicale, ne fut jamais admise à affranchir (Dosith., *De man.*, § 9), et assurément rien de plus sensé. Quant au propriétaire bonitaire, jusqu'à la loi *Junia Norbana*, il n'affranchissait pas non plus valablement (Gaius, III, 56), et cependant on lui reconnaissait la puissance dominicale (Gaius, I, § 54). Ici donc la nullité n'était plus qu'une application subtile et dure de la règle qui exige chez le *manumissor* un droit complet sur l'esclave. Aussi la loi *Junia Norbana* déclara-t-elle que le propriétaire bonitaire pourrait donner la liberté, mais seulement la liberté latine (Ulp., I § 16).

3° Avant la loi *Ælia Sentia*, l'esclave régulièrement affranchi, si jeune qu'il fût, devenait toujours citoyen. Aux termes de cette loi, tout affranchi âgé de moins de trente ans dut être Latin, à moins que l'affranchissement n'eût été fait par la vindicte, en vertu d'une juste cause examinée et approuvée par un conseil (Gaius, I, § 18) (2).

(1) Un passage de Tacite (Ann., XIII, 27), faisant allusion aux esclaves affranchis sans solennités, dit qu'ils demeurent retenus *velut vinculo servitutis* et que pour le *manumissor* il y a *pœnitentiæ aut novo beneficio locus*. Ces façons de parler eussent été très-exactes avant la loi Junia Norbana ; elles ne l'étaient plus guère au temps de Tacite, à moins qu'on ne les entende des droits du patron sur les biens du Latin défunt (n° 429) et de *l'iteratio* dont je parlerai tout à l'heure (n° 63).

(2) Sur la nature de ces *justæ causæ*, sur la composition et le rôle de ce *consilium*, je renvoie aux explications que je donnerai plus loin à propos des affranchissements faits par un mineur de vingt ans (n° 70). La théorie est la même. Du reste, Justinien nous apprend que dans les affranchissements faits *in sacrosanctis*

De ces trois causes de Latinité, les deux premières procèdent d'une réaction favorable aux esclaves, la troisième d'une réaction défavorable. Les deux premières peuvent être évitées facilement : il suffit que le maître recoure à l'un des trois modes solennels, ou si le *jus Quiritium* lui manque, qu'il attende de l'avoir acquis par une possession d'une année ou qu'il se procure le concours du *nudus dominus ex jure Quiritium*. La troisième, au contraire, s'impose d'une manière presque absolue, le maître ne pouvant ni vieillir son esclave ni créer à volonté des *justæ causæ*.

63. Ces affranchis s'appellent Juniens, parce que c'est la loi *Junia Norbana* qui les a introduits ; Latins, parce que cette loi leur a appliqué la condition des *Latini coloniarii* (n° 50). D'où il suit que les Latins Juniens sont privés des droits politiques et du *connubium* (Ulp., V §§ 4 et 9), mais qu'ils jouissent du *jus commercii* (Ulp., XIX § 4). Ce dernier droit leur permet de figurer dans une mancipation, soit comme acquéreurs, soit comme aliénateurs. En principe aussi, il leur confère la *factio testamenti*, c'est-à-dire le droit de jouer un rôle quelconque dans un testament. Mais ici la loi *Junia Norbana* restreignit par une disposition expresse les conséquences naturelles du principe. Elle leur laissa : 1° le droit de jouer les rôles de *libripens*, de *familiæ emptor* ou de témoin dans le testament d'autrui (Ulp., XX § 8) ; 2° le droit d'être institués héritiers ou appelés à un legs. Mais elle leur enleva le *jus capiendi directo*, ce qui revient à dire qu'à moins d'être devenus Romains du vivant du testateur ou dans les cent jours de son décès, ils ne recueillaient pas le bénéfice de l'institution ou du legs (Ulp., XVII § 1 ; XXII § 3) (1). Pareillement, elle voulut que, malgré leur aptitude générale à exercer la tutelle, ils ne pussent être nommés tuteurs testamentaires (Ulp., XI § 16) ; et elle leur dénia le droit de tester (Gaius, I, § 23), les biens qu'ils laissaient en mourant devant appartenir, comme un pécule d'esclave, à leur patron ou à ses héritiers (Gaius, III, §§ 56 et 58. — Ulp., XX § 14) (2).

ecclesiis l'on n'appliquait pas cette disposition de la loi Ælia Sentia. L'esclave, quel que fût son âge, devenait toujours citoyen Romain (L. 2, C., *Comm. de man.*, VII, 15).

(1) Quand les fidéicommis furent devenus obligatoires sous Auguste, rien n'empêcha un Latin d'en recueillir (Gaius, I, § 24). Le testateur n'eut donc qu'à disposer dans cette forme pour rendre vaine la prohibition de la loi *Junia Norbana*. Il y a bien là une nouvelle raison de croire que cette loi remonte à l'an 671 ; car, son esprit étant que le Latin ne puisse recueillir en tant que Latin, si elle n'eût été rendue qu'en 772, c'est-à-dire sous Tibère, il est fort probable que, créant cette incapacité, elle n'eût pas laissé subsister un moyen indirect de l'éluder à volonté.

(2) Rapprocher les nos 128, 322 326, 332 et 429.

De toutes ces incapacités, par lesquelles la loi *Junia Norbana* écartait certaines conséquences naturelles du *jus commercii*, il ressort que la condition des Latins Juniens ne valait pas celle des *Latini coloniarii*.

64 *a*. En revanche, la loi leur facilitait singulièrement l'accès du droit de cité. Ils l'acquéraient, d'après Ulpien (III § 1 et s.), par huit modes dont voici les noms et l'explication :

1° *Beneficium principale*, ou concession du *jus Quiritium* (1) par le prince. — En pareil cas, le droit du patron sur les biens de l'affranchi défunt subsiste, si la concession, faite à son insu ou nonobstant son opposition, n'a pas été complétée par l'intervention postérieure de l'un des sept autres modes (Gaius, III, §§ 72 et 73);

2° *Causæ probatio* ou *liberi*. — Il faut supposer : 1° que l'affranchi latin a épousé soit une Romaine, soit une Latine Junienne ou des colonies; 2° qu'il l'a épousée *liberorum quærendorum causa* (2); 3° que ce mariage a été contracté en présence de sept témoins citoyens romains et pubères ; 4° qu'il en est résulté un enfant de l'un ou de l'autre sexe aujourd'hui âgé d'un an (*anniculus* ou *annicula*) (3). — Ces quatre circonstances réunies, le Latin se présente devant le magistrat pour en faire la preuve (*probare causam*); et le résultat de cette preuve, c'est l'acquisition du droit de cité pour lui toujours, pour sa femme et son enfant s'ils ne l'ont pas déjà (Gaius, I, §§ 29 et 30. — Ulp., III § 3. — V. page 115, note 1). C'est la loi Ælia Sentia qui introduisit la *causæ probatio*, mais elle ne l'autorisa qu'en faveur des Latins qui devaient l'infériorité de leur condition à l'insuffisance de leur âge; plus tard le sénatus-consulte Pégasien étendit le même bénéfice à tous les Latins Juniens (Gaius, I, § 31. — Ulp., III § 4) (4).

(1) *Jus Quiritium* est synonyme ici de *civitas*. Ailleurs, j'ai signalé cette expression comme employée dans un tout autre sens, où elle désigne les différences qui séparent la condition de l'affranchi citoyen de celle de l'ingénu (page 133, note 1).

(2) Ces expressions paraissent avoir figuré dans le texte de la loi *Ælia Sentia*. Elles signifient, je pense, que le mariage doit être contracté entre personnes présumées capables d'avoir des enfants ensemble. Ainsi le mariage d'un Latin âgé de moins de soixante ans avec une femme quinquagénaire ne serait pas pris en considération (Arg., Ulp., XVI § 3).

(3) Si l'on suppose une Latine épousant un Romain, il ne paraît pas que la *causæ probatio* fût admise. C'est ce que l'on peut induire de deux textes de Gaius (I, §§ 69 et 70). Mais, au cas prévu par la loi, le Latin venant à mourir avant que l'enfant fût *anniculus*, la femme latine pouvait *probare causam* (Gaius, I, § 32).

(4) Il y a dans les *Regulæ* d'Ulpien deux textes qui se contredisent. L'un (III § 3) attribue la création de la *causæ probatio* à la loi Junia, l'autre (VII § 4) à la loi Ælia Sentia. Le premier est certainement altéré.

3° *Iteratio.* — Ce mode peut intervenir dans deux hypothèses : 1° celui qui avait la pleine propriété quiritaire a fait un affranchissement irrégulier ; il en refait un autre dans les formes légales (Pline le Jeune, *Epist.*, VII, 16) ; 2° l'affranchissement a été fait par celui qui avait l'esclave *in bonis :* il est refait par le *nudus dominus ex jure Quiritium* (Ulp., III § 4).

4° *Militia.* — Ce mode, qui fut établi par une loi *Visellia*, suppose six ans de service parmi les *vigiles Romæ* ou gardes de Rome (Ulp., III § 5) ;

5° *Navis.* — Le Latin a construit un navire d'une capacité de dix mille mesures au moins et transporté du blé à Rome pendant six années (Ulp., III § 6). Ce mode établi par Claude est un des nombreux témoignages de l'impuissance de l'Italie impériale à vivre de ses propres ressources ;

6° *Ædificium.* — Le Latin a employé une certaine partie, peut-être la moitié de son patrimoine, à élever une construction (Gaius, I, § 33) ;

7° *Pistrinum.* — Il a établi un moulin (Ulp., III § 1) ;

8° *Triplex enixus.* — Trois enfants *vulgo concepti* valent à leur mère latine la qualité de romaine (Ulp., III § 1). N'était-ce pas là un fâcheux encouragement à la prostitution ?

Lorsque le Latin Junien n'était pas sorti de sa condition, il la transmettait à ses enfants d'après les règles précédemment indiquées pour les *Latini coloniarii* (Gaius, I, §§ 29 et s., 66 et s. — N° 50) (1).

65. Anciennement, le plus vil esclave pouvait devenir citoyen par un affranchissement régulier. La loi *Ælia Sentia* rendit le droit de cité inaccessible à tous ceux qui, à un moment quelconque de leur esclavage, sous la puissance du *manumissor* lui-même ou d'un précédent maître, auraient été 1° mis aux fers ; 2° marqués d'un fer rouge ; 3° soumis à la torture pour un délit dont ils seraient demeurés convaincus ; 4° livrés pour combattre comme gladiateurs ou contre les bêtes féroces ; 5° jetés dans l'amphithéâtre ou en prison (Gaius, I, § 13. — Ulp., I § 11) (2). — Affranchi, l'esclave qui avait subi l'une de ces

(1) Toutefois l'on peut se poser ici deux questions : 1° L'enfant du Latin Junien arrive-t-il au *jus civitatis* par les mêmes modes que son père ? Je répondrais affirmativement, excepté peut-être en ce qui concerne l'*iteratio.* 2° L'enfant du Latin Junien est-il réputé mourir esclave, et les biens qu'il laisse appartiennent-ils au patron de son père ou aux héritiers du patron ? La négative paraît probable.

(2) Il faut supposer que ces diverses peines ont été infligées par une personne compétente. Paul donne à cet égard des détails que je crois inutile de reproduire (IV, 12 §§ 3 à 8).

flétrissures ne pouvait plus être que déditice. On appelait *peregrini deditilii* les peuples qui, vaincus par les Romains, s'étaient livrés à discrétion avec tous leurs biens (1). La condition de ces peuples fut appliquée à cette catégorie d'affranchis (Gaius, I, §§ 14 et 15). Or elle est à plusieurs égards très-inférieure à celle des pérégrins ordinaires. En effet : 1° il leur est défendu de paraître soit à Rome, soit dans un rayon de cent milles de Rome. En cas de contravention, ils deviennent, eux et leurs biens, la propriété du peuple romain, et on les vend sous la clause expresse qu'ils ne pourront jamais être affranchis. Cette clause est-elle méconnue par l'acquéreur : au lieu de devenir libres, ils rentrent de plein droit comme esclaves dans le patrimoine du peuple romain (Gaius, I, § 27) ; 2° ils n'appartiennent à aucune cité déterminée (Ulp., XX § 14) ; ils n'ont pas de *patria* ou *origo*, semblables en cela aux Romains qu'une condamnation criminelle a rendus pérégrins (n° 48) ; 3° tout espoir de parvenir au droit de cité d'une manière quelconque leur est interdit (Gaius, I, § 26) ; 4° enfin ils ne peuvent pas recueillir une libéralité testamentaire faite même par fidéicommis (Gaius, I, § 25). A ce dernier point de vue, il n'y eut plus, à partir d'Adrien, aucune différence entre eux et les pérégrins ordinaires, ces derniers étant eux-mêmes devenus incapables de recueillir des fidéicommis (Gaius, II, § 285). On comprend maintenant pourquoi Gaius (I, § 26) dit des affranchis déditices qu'ils étaient au dernier degré des hommes libres (*pessima libertas*). Au surplus, leur condition n'était pas héréditaire : leurs enfants étaient des pérégrins ordinaires et pouvaient devenir citoyens (Gaius, I, § 68) (2).

VII. — RÉDUCTION DES AFFRANCHIS A UNE SEULE CLASSE PAR JUSTINIEN. — MODES D'AFFRANCHIR ET CONDITION DES AFFRANCHIS SOUS CE PRINCE.

Lib. I, tit. v, *De libertinis*, § 1. — Multis autem modis manumissio procedit : aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis,

L'affranchissement se fait de plusieurs manières, soit, aux termes des saintes constitutions, dans les saintes églises, soit par la vin-

(1) Tite-Live I, 38 ; VII, 31) nous a transmis la formule énergique de la *deditio*. Ailleurs (XXVI, 33), il nous montre les droits absolus dont elle investissait le peuple romain.

(2) Il va de soi qu'à l'égard des affranchis, soit déditices, soit latins, le patron pouvait exercer les *jura patronatus*. L'infériorité de ces affranchis donnait même quelque énergie de plus à ces droits.

aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus quam ex nostris constitutionibus introducti sunt.

§ 3 (suite). — Sed dedititiorem quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit, Latinorum vero nomen non frequentatur. Ideoque nostra pietas omnia augere et in meliorum statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit et in pristinum statum reduxit; quia et a primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est, eadem quam habebat manumissor, nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones (1) per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quæstore, antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, et omnem quæ circa eos fuerat observantiam, alia constitutione per ejusdem quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones : et omnes libertos (2), nullo nec ætatis manumissi, nec dominii manumissoris, nec in manumissionis modo discrimine habito (3), sicuti antea observabatur, civitate Romana donadicte, entre amis, par lettre, par testament, ou par acte de dernière volonté quelconque. Mais l'esclave peut encore acquérir la liberté par beaucoup d'autres modes qu'ont introduits soit les constitutions anciennes, soit les nôtres.

Mais depuis longtemps la condition des déditices, la pire de toutes, est tombée en désuétude, et le nom de Latin est devenu rare. Et c'est pourquoi, dans notre sollicitude, désirant tout agrandir et tout améliorer, nous avons par deux constitutions corrigé cet état de choses et rétabli l'ancien droit; en effet, dès le berceau de Rome, la liberté était une et indivisible, c'est-à-dire qu'elle était la même pour l'affranchi que pour l'auteur de l'affranchissement, si ce n'est que celui-là était affranchi lors même que celui-ci était ingénu. Donc, quant aux déditices, nous les avons supprimés par une constitution promulguée entre les décisions que nous a suggérées Tribonien, homme éminent, questeur, et qui ont mis fin aux controverses de l'ancien droit. Quant aux Latins, ils ont disparu avec toutes les règles qui les concernaient, en vertu d'une autre constitution suggérée par le même questeur et qui brille entre toutes les constitutions impériales. De sorte que tous les affranchis, sans distinguer quel est leur âge, quel était le genre de propriété du maître et quelle a été la

(1) Il s'agit là d'une des *quinquaginta decisiones* que Justinien fit entrer dans la seconde édition de son Code (n° 30).

(2) *Libertinos* serait plus correct (page 118, note 1).

(3) Justinien fait allusion ici aux trois causes générales d'où dérivait la qualité d'affranchi latin (n° 62).

vimus, multis additis modis per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsenti, præstari.

forme de l'affranchissement, ont reçu de nous, conformément à l'antique règle, le droit de cité romaine. Nous avons, en outre, introduit plusieurs manières de conférer la liberté avec le droit de cité qui en est désormais la conséquence nécessaire.

Lib. I, tit. XI, *De adoptionibus*, § 12. — Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi in nostra constitutione, etiam eum servum quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit, liberum esse constituimus, licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.

Caton, au rapport des anciens, avait fort sagement écrit, que des esclaves adoptés par leur maître pouvaient par cela même acquérir la liberté. Puisant là une inspiration, nous avons décidé dans notre constitution que l'esclave que le maître aurait appelé son fils dans un acte public serait libre, bien que cela ne suffise pas à lui acquérir les droits attachés à la filiation.

66. Trois réformes importantes et d'une sagesse pratique incontestable furent réalisées par Justinien :

1° En premier lieu, il supprime la condition des déditices et celle des Latins Juniens ; de telle sorte que désormais, comme dans le droit primitif, l'affranchissement fait par un Romain ou sera nul ou conférera avec la liberté le droit de cité (L. unic., C., *De dedit. lib.*, VII, 5. — L. unic., C., *De Lat. libert.*, VII, 6). Cette double suppression, suggérée par Tribonien, ne fut guère que la consécration législative de faits accomplis. Et, en effet, la condition des déditices était réduite à l'état de souvenir historique, nul affranchi n'en subissant plus l'application. Il y avait bien encore quelques Latins (1), mais ils étaient rares, et à cela rien d'étonnant : car la distinction du domaine quiritaire et du domaine bonitaire ayant disparu de la pratique (L. unic., C., *De nud. jur. Quirit.*, VII, 25), l'une des trois causes générales de la *latinitas* avait nécessairement disparu avec elle. Il est fort probable aussi qu'à l'égard des esclaves âgés de moins de trente ans, le *consilium* ne se refusait guère, en présence d'une volonté sérieuse du maître, à reconnaître l'existence d'une juste cause d'affranchissement. Comme

(1) C'est pourquoi Justinien déclare expressément qu'en ce qui concerne les rapports des Latins actuellement existants et de leurs patrons, sa constitution ne rétroagira pas (L. unic. § 13, C., *De lat. lib. toll.*). En ce sens sa réforme n'est pleinement applicable qu'aux affranchissements futurs.

source de la *latinitas*, il ne restait donc plus en fait que l'irrégularité dans les formes de la *manumissio*.

2° La suppression des affranchis latins ne pouvait pas être un retour aux sévérités du passé. Elle devait donc déterminer une seconde réforme, savoir, la pleine efficacité des affranchissements, même en dehors de toute forme solennelle. Et telle est, en effet, la législation nouvelle. En voici l'analyse : d'une part, Justinien laisse subsister les affranchissements *vindicta*, *in sacrosanctis ecclesiis*, *et testamento* (§ 1 *sup.*). Mais la vindicte se réduisait depuis longtemps à une simple déclaration que le maître faisait devant le magistrat et dont celui-ci donnait acte. Quant à l'affranchissement par dernière volonté, il faut encore distinguer s'il a été fait *directo* ou *per fideicommissum;* mais Justinien innove en permettant de le faire *directo*, même dans un codicille non confirmé ou ne se rattachant à aucun testament (§ 1 *sup.*) (1). D'autre part, cet empereur consacre toute volonté d'affranchir manifestée dans l'une des formes qui suivent : 1° le maître renonce à son droit par lettre adressée à l'esclave et portant la signature de cinq témoins (L. unic. § 1, C., *De lat. lib. toll.*); 2° il exprime sa volonté *inter amicos*, toujours en présence de cinq témoins (*eod. loc.*, § 2); 3° en exécution de la volonté du maître défunt ou par ordre de son héritier, l'esclave marche en tête du convoi, la tête coiffée du *pileus* (bonnet de la liberté), ou bien il évente le cadavre (*eod. loc.*, § 5); 4° le maître appelle son esclave *filius* dans un acte public ou déclare l'adopter (*eod. loc.* § 10) — § 12, *sup.*); 5° il marie son *ancilla* avec un homme libre, et la dote par acte écrit (*eod. loc.* § 9); 6° devant cinq témoins, il détruit ou abandonne à l'esclave les titres qui constatent sa condition (*eod. loc.*, § 11); 7° l'esclave, avec le consentement du maître, s'enrôle dans l'armée ou reçoit une dignité (LL. 6 et 7, C., *Qui milit. poss.*, XII, 34); 8° avec ce même consentement, il entre dans les ordres ecclésiastiques (Nov. 123, cap. 17); 9° les esclaves issus du *contubernium* du maître avec son *ancilla* deviennent libres de plein droit par le mariage de leur père

(1) Cette innovation n'est qu'une conséquence de la fusion générale des legs et des fidéicommis sous Justinien (n° 411). Toutefois, par la force des choses, cette fusion était impuissante à effacer la distinction établie entre le legs et le fidéicommis de liberté. Si la forme de l'acte devient désormais indifférente, pourvu que ce soit un acte de dernière volonté, il est clair néanmoins que le don de la liberté ne saurait avoir son effet de plein droit ni lorsqu'il est fait à l'esclave d'autrui, ni même lorsqu'étant fait à l'esclave propre du testateur, il est conçu en forme de prière ou d'ordre adressé à l'héritier. Il continue donc en ces cas de constituer un fidéicommis (Inst., § 2, *De sing. reb. per fid. rel.*, II, 24).

avec leur mère affranchie (Nov. 78, cap. 4). Ces trois derniers cas d'affranchissement, remarquables en ce qu'ils confèrent même l'ingénuité, ont été introduits par Justinien. Les précédents existaient avant lui, mais ne donnaient que la *latinitas*.

On voit, en résumé, que, si dans le droit de Justinien l'esclave devient facilement libre et citoyen, il serait néanmoins inexact, lui-même en fait la remarque (L. unic. § 12, C., *De lat. lib. toll.*, VII, 6), de croire qu'une volonté manifestée d'une manière quelconque par le maître suffise à produire cet effet.

3° Plus tard Justinien couronna ces deux réformes en effaçant l'infériorité sociale des affranchis (Nov. 78, cap. 1 et 2). Mais les bonnes intentions de l'empereur s'expriment ici dans un langage très-inexact. Confondant, plus qu'il n'était permis à un législateur, le *jus aureorum annulorum* et la *restitutio natalium*, il décide que ces deux bénéfices seront attachés de plein droit à la *manumissio*, mais sans préjudice des droits du patron, qui ne pourront périr que par sa renonciation formellement exprimée, soit dans l'acte même d'affranchissement, soit par acte de dernière volonté. Au fond, et pour qui parle le langage des anciens jurisconsultes, cela revient à dire : 1° que le *jus aureorum annulorum* est désormais inhérent à l'affranchissement; 2° que la *restitutio natalium* a encore besoin d'être expresse, mais n'exige plus, comme autrefois, une concession spéciale du prince (n° 61). Justinien a également employé l'expression *jus regenerationis* pour caractériser le bienfait qu'il accorde aux affranchis.

VIII. — LIMITATIONS NATURELLES OU LÉGALES A LA FACULTÉ D'AFFRANCHIR.

Lib. II, tit. VII, *De donationibus*, § 4. — Erat olim et alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi (1), quod est tale : si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuit vel vindicta vel testamento, eo casu pars

Il y avait autrefois un autre mode civil d'acquisition. Il consistait en un droit d'accroissement tel qu'il suit : en supposant qu'une personne eût la propriété indivise d'un esclave avec Titius, si elle lui donnait seule la liberté par la vindicte ou

(1) Justinien rattache l'hypothèse prévue dans ce paragraphe à l'exposition des modes d'acquérir la propriété, parce que la part de l'un des copropriétaires se trouve acquise à l'autre. Mais en réalité le texte se réfère beaucoup plus directement à la question de savoir quelles sont les conditions nécessaires à la validité d'un affranchissement.

ejus amittebatur et socio (1) accrescebat; sed quum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accrescere, hoc, quasi invidia plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus; et invenimus viam per quam et manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente, cujus favore et antiquos legislatores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est, et eo qui eam imposuit suæ liberalitatis stabilitate gaudente, et socio indemni conservato pretiumque servi, secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

par testament, alors elle perdait sa part de propriété qui accroissait au copropriétaire; mais comme il était d'un mauvais exemple que l'esclave manquât à acquérir la liberté et que ce don tournât au détriment des maîtres plus humains pour enrichir les maîtres plus durs, nous avons jugé nécessaire de rendre une constitution afin de porter un pieux remède à cet abus odieux; et nous avons trouvé une voie également avantageuse pour l'auteur de l'affranchissement, pour son copropriétaire et pour celui qui a reçu la liberté. La voici : le don de la liberté, en faveur de laquelle il est manifeste que les anciens législateurs eux-mêmes ont souvent dérogé au droit commun, recevra son effet; celui qui a donné la liberté se réjouira de voir sa libéralité efficace, et son co-propriétaire recevra, proportionnellement à sa part de propriété, le prix de l'esclave tel que nous l'avons déterminé.

Lib. I, tit. VI, *Qui quibus ex causis manumittere non possunt*, pr. — Non tamen cuicumque volenti manumittere licet. Nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem (Gaius, I, § 37).

Cependant n'a pas qui veut le droit d'affranchir. En effet, celui qui affranchit en fraude de ses créanciers fait un acte nul, parce que la loi *Ælia Sentia* met obstacle à l'acquisition de la liberté.

§ 1. — Licet autem domino qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut liber fiat heresque ei solus et necessarius; si modo ei nemo alius ex eo testamento heres

Mais on permet au maître insolvable, faisant son testament, d'instituer son esclave héritier et de lui donner la liberté, de telle sorte que celui-ci devenant libre soit en même temps son héritier unique et né-

(1) Le mot *socius* signifie proprement associé. Mais ici et dans bien d'autres textes il n'exprime que la qualité de copropriétaire, sans distinguer si la copropriété se rattache à un contrat de société ou à un autre fait.

exstiterit, aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is qui scriptus est, qualibet ex causa heres non exstiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, et recte; valde enim prospiciendum erat ut egentes homines, quibus alius heres extiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus, aut, hoc eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.

cessaire, cela toutefois si en vertu de ce testament il n'y a pas d'autre héritier, soit qu'il n'en ait pas été institué, soit que l'institué, pour une raison quelconque, n'hérite pas. Ainsi l'a décidé la loi *Ælia Sentia*, décision fort sage : car il fallait soigneusement veiller à ce que des hommes pauvres, ne pouvant pas avoir d'autre héritier, eussent tout au moins pour héritier nécessaire leur esclave, afin que par lui les créanciers obtinssent satisfaction, sinon vendissent les biens héréditaires sous le nom même de l'esclave, épargnant ainsi une injure à la mémoire du défunt.

§ 3. — In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui iam eo tempore quo manumittit, solvendo non est, vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant. Sæpe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, quum utroque modo fraudantur creditores, id est, eo quod ejus bona non sunt suffectura creditoribus (Gaius, L. 10, *Qui et a quibus*, etc., XL, 9).

Mais on répute affranchir en fraude des créanciers celui qui, au moment même où il fait l'affranchissement, est déjà insolvable, ou qui va le devenir en accordant la liberté. Pourtant, dans l'opinion qui paraît avoir prévalu, si l'auteur de l'affranchissement n'a pas agi dans une pensée frauduleuse, la liberté n'est pas empêchée, malgré l'insuffisance de ses biens à remplir ses créanciers. Souvent, en effet, les hommes se croient plus riches qu'ils ne le sont. Aussi estimons-nous qu'il n'y a obstacle à la liberté qu'autant que la fraude à l'égard des créanciers résulte tout à la fois et de l'intention de celui qui affranchit et de la réalité même, c'est-à-dire de l'insuffisance de ses biens.

§ 4. — Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta, apud consilium justa causa

La même loi *Ælia Sentia* défend au maître âgé de moins de vingt ans d'affranchir, si ce n'est par la vindicte, et après avoir établi de-

manumissionis probata, fuerint manumissi (Gaius, I, § 38).

§ 5. — Justæ autem manumissionis causæ hæ sunt : veluti si quis patrem aut matrem, aut filium filiamve, aut fratrem sororemve naturales, aut pædagogum, aut nutricem educatoremve, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa; dum tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi justa causa impediat; et qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem et septem annis manumittatur (Gaius, I, § 39).

§ 6. — Semel autem causa probata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.

§ 7. — Quum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus erat, eveniebat ut qui quatuordecim annos ætatis expleverat, licet testamentum facere, et in eo sibi heredem instituere legataque relinquere posset, tamen si adhuc minor esset viginti annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, si is cui totorum bonorum in testamento dispositio data erat, uni servo dare libertatem non permittebatur (1). Quare non (2) similiter ei, quemadmodum alias res, ita et servos suos in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit,

vant un conseil l'existence d'une juste cause d'affranchissement.

Or, il y a juste cause d'affranchissement, si quelqu'un affranchit son père ou sa mère, son fils ou sa fille, son frère ou sa sœur naturels, son précepteur, sa nourrice ou son nourricier, son nourrisson ou son frère de lait, un homme dont il veut faire son procureur, ou une femme qu'il se propose d'épouser; mais en ces deux derniers cas il faut que le mariage se réalise, à moins d'obstacles légitimes, dans les six mois, ou que l'esclave affranchi pour être procureur n'ait pas moins de dix-sept ans.

Mais, que la cause soit vraie ou fausse, l'approbation une fois donnée ne peut plus être retirée.

La loi *Ælia Sentia* ayant donc ainsi limité pour les mineurs de vingt ans la faculté d'affranchir, il arrivait que celui qui avait accompli sa quatorzième année, bien qu'il pût tester et dans son testament instituer un héritier et laisser des legs, ne pouvait pourtant pas, étant encore mineur de vingt ans, donner la liberté à un esclave. Or il n'était pas tolérable que celui qui avait le droit de disposer par testament de tous ses biens ne pût affranchir un seul esclave. Pourquoi donc, de même qu'il dispose de tous ses autres biens par acte de dernière volonté, ne lui permettrait-on pas de disposer librement aussi de ses esclaves

(1) Il faut remarquer cet hellénisme *is permittebatur*.

(2) Il y a des éditions qui donnent *nos* au lieu de *non*, et suppriment à la fin de la phrase le point d'interrogation. Cette leçon admise, Justinien poserait ici une doctrine trop absolue que viendrait modifier la phrase suivante.

permittimus, ut et libertatem eis possit præstare? Sed quum libertas inæstimabilis est, et propter hoc ante vigesimum ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat, ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septimum et decimum annum impleverit, et octavum decimum annum tetigerit. Quum enim antiquitas hujusmodi ætati et pro aliis postulare concessit, cur non etiam sui judicii stabilitas eos adjuvare credatur ut ad libertates dandas servis suis possint pervenire?

de manière à pouvoir leur donner même la liberté? Mais comme la liberté est chose inappréciable, et tel était le motif pour lequel les anciens défendaient au mineur de vingt ans d'affranchir, nous nous arrêtons à un moyen terme; et nous ne permettons au mineur de vingt ans de faire des affranchissements testamentaires qu'autant qu'il a fini sa dix-septième année et commencé sa dix-huitième. Car, les anciens eux-mêmes ayant permis au jeune homme de dix-sept ans de figurer en justice même pour autrui, pourquoi donc la fermeté de son jugement ne serait-elle pas également réputée suffisante pour qu'il puisse affranchir ses esclaves?

Lib. I, tit. VII, *De lege Fusia* (1) *Caninia sublata*, pr. — Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam quasi libertates impedientem et quodammodo invidam, tollendam esse censuimus, quum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

La loi *Fusia Caninia* avait limité le nombre des affranchissements que l'on pourrait faire par testament. Cette loi, qui créait des obstacles à la liberté, était en quelque sorte une œuvre de haine. Aussi avons-nous cru devoir la supprimer; car il était trop inhumain que de leur vivant les maîtres pussent gratifier de la liberté tous leurs esclaves, si nul autre motif ne les en empêchait, et que cette faculté fût retirée aux mourants.

67. La faculté d'affranchir cesse quelquefois, par suite d'obstacles dérivant les uns de l'imperfection du droit du propriétaire, les autres

(1) Gaius écrit Furia et non Fusia. Tite-Live (III, 4) signale l'existence des deux orthographes, et Pomponius (L. 2 § 36, *De orig. jur.*, I, 2) nous en donne l'explication. C'est, nous dit-il, Appius Claudius Cæcus qui inventa la lettre R. Avant lui, on écrivait Valesius, Fusius. Depuis, la lettre R remplaça dans beaucoup de cas la lettre S. Il n'est donc pas étonnant que, même en dehors des noms propres, ces deux lettres fonctionnent quelquefois l'une pour l'autre, et par exemple, que l'on dise à volonté *arbos* ou *arbor*.

d'une disposition spéciale de la loi. Dans le premier cas, la loi oblige le maître à respecter la limite naturelle que son droit rencontre dans le droit d'autrui : elle reconnaît la nullité de l'affranchissement plutôt qu'elle ne le rend nul. Dans le second cas, au contraire, c'est elle-même qui, pour des motifs de diverse nature, crée l'obstacle, et l'affranchissement vaudrait, si elle ne le prohibait pas d'une manière expresse.

Les limitations naturelles à la faculté d'affranchir se présentent : 1° lorsque le propriétaire n'a sur l'esclave qu'un droit indivis; 2° lorsque l'esclave est grevé d'un droit d'usufruit; 3° lorsqu'il est grevé d'un droit de gage ou d'hypothèque ; 4° lorsque le propriétaire n'a sur lui qu'un droit de nature à cesser par l'événement d'une condition (1).

Étudions successivement ces quatre cas.

68. 1er *Cas.* — L'esclave appartient à plusieurs personnes indivisément. S'il est affranchi par l'une d'elles agissant seule, il ne devient pas libre. C'est la conclusion que l'ancien droit tirait très-logiquement de ces deux idées, que nul ne peut être à la fois libre et esclave, et qu'il ne dépend pas d'un copropriétaire de ruiner le droit de l'autre. Est-ce à dire que l'affranchissement ne produisît aucun effet? On distinguait : si, en supposant le *manumissor* propriétaire exclusif, l'esclave n'eût dû acquérir que la *libertas Latina*, la situation antérieure subsistait sans aucun changement, et cela parce qu'en droit pur il n'y avait pas de *manumissio;* si, au contraire, il eût dû devenir citoyen romain, le *manumissor* perdait son droit au profit de son copropriétaire, et l'on disait de celui-ci qu'il acquérait *jure accrescendi* la part qui lui manquait jusque-là (Ulp., I § 18. — Paul, IV, 12 § 1). Cette législation, dont les Institutes (§§ 4 *sup.*, *De don.*) ne nous donnent qu'un compte rendu incomplet, fut modifiée, dès le commencement du IIIe siècle, pour le cas où l'affranchissement serait fait dans un testament par un copropriétaire militaire. Septime-Sévère décida que l'héritier devrait, en achetant la part du *socius*, se rendre propriétaire exclusif de l'esclave, puis l'affranchir. Par une autre constitution, ce même prince et son fils Caracalla exigèrent que le préteur intervînt au besoin pour forcer le copropriétaire à céder sa part et pour en déterminer le prix (L. 1 pr., C., *De comm. serv.*, VII, 7) (2). Justi-

(1) Je ne parle plus du cas où le maître n'avait l'esclave qu'*in bonis* (n° 62).

(2) C'était une dérogation à cette règle que le fidéicommis de liberté au profit

nien, s'emparant de ces idées, les généralisa; et, sans plus distinguer si l'affranchissement était fait par testament ou entre-vifs, ni s'il émanait d'un copropriétaire militaire ou *paganus*, il voulut que dans tous les cas l'esclave devînt libre et eût pour patron le *socius manumissor*. A ces réformes libérales l'empereur en ajoute une autre qu'il est difficile de ne pas critiquer : il règle d'avance, d'après l'âge et la profession de l'esclave, l'indemnité due par le *manumissor* à son copropriétaire, procédé excellent peut-être pour couper court à toutes contestations, mais aussi pour donner presque toujours trop ou trop peu à la personne expropriée (1).

A. 2e *Cas.* — L'esclave est soumis à un droit d'usufruit ou d'usage. Anciennement, l'affranchissement émané soit du nu propriétaire, soit de l'usufruitier, valait renonciation pure et simple à leur droit. Donc, fait par le nu-propriétaire, il rendait l'esclave *servus sine domino ;* fait par l'usufruitier, il restituait au nu propriétaire la plénitude de son *dominium* (Ulp., I § 19). Justinien décida très-sagement (L. 1, C., *Comm. de manum.*, VII, 15) que, dans les deux cas, l'affranchissement produirait tout l'effet compatible avec le respect dû au droit d'autrui. En conséquence, l'esclave affranchi par le nu propriétaire deviendra libre en droit, mais, en fait, restera *in servitute* et au service de l'usufruitier jusqu'à la mort de celui-ci. Affranchi par l'usufruitier, il restera *servus*, mais jouira d'une liberté de fait jusqu'au jour où l'usufruit se fût régulièrement éteint.

A. 3e *Cas.* — L'esclave est grevé d'un droit de gage ou d'hypothèque. Pour savoir à quelles conditions il peut être valablement affranchi, l'on distingue si la constitution de gage ou d'hypothèque est générale ou spéciale. Au premier cas, l'on n'exige d'autre condition que la solvabilité du débiteur : décider autrement, c'eût été blesser l'humanité sans nécessité ni profit pour personne. Mais au second cas,

de l'esclave d'autrui n'obligeait pas le propriétaire à le vendre (Gaius, II § 265. — Inst., § 2, *De sing. reb.*, II, 24).

(1) Le tarif de Justinien est curieux : il distingue cinq catégories d'esclaves : ceux qui n'ont pas de métier, ceux qui en ont un quelconque, les *notarii*, les *medici*, enfin les eunuques. Le tarif suit une progression indiquée par l'ordre de mon énumération. Ainsi la plus haute valeur appartient aux eunuques! Au-dessous d'eux le médecin, l'artiste, le *pædagogus*! La dégradation et l'impuissance de la société byzantine se révèlent tout entières dans ce petit détail (L. unic. § 5, *De comm. serv.*, C., VII, 7). Une particularité intéressante ressort de ce texte : c'est qu'au temps de Justinien la médecine était exercée par les femmes aussi bien que par les hommes. Au surplus Justinien reproduit à peu près le même tarif en une autre hypothèse (L. 3 pr., C., *Comm. de leg.*, VI, 43).

l'affranchissement ne vaut qu'autant qu'il est agréé par le créancier dont il doit épuiser la sûreté; le débiteur a beau être solvable, cette condition n'en reste pas moins absolument nécessaire (1), car la solvabilité d'aujourd'hui ne garantit pas celle de demain (L. 3, *De man.*, XL, 1. — LL. 3 et 4, C., *De serv. pign. dat.*, VII, 8) (2).

A. 4e *Cas.* — Mon droit de propriété est résoluble, c'est-à-dire exposé à disparaître par l'arrivée d'une condition encore pendante. Par exemple une personne qui m'a institué héritier a légué son esclave à *Primus*, mais seulement pour le cas où tel événement se réaliserait. Sans doute, *pendente conditione*, l'esclave m'appartient. Mais il ne faut pas que je puisse compromettre le droit du légataire. Donc si j'affranchis l'esclave, et que plus tard la condition se réalise, l'affranchissement n'aura jamais rien valu; si la condition défaut, la liberté sera acquise à l'esclave, mais sans rétroactivité (L. 11, *De manum.*, XL, 1. — L. 29 § 1, *Quiet a quib. man.*, XL, 9. — L. 14, *De opt. leg.*, XXXIII, 5).

69. Parmi les prohibitions d'affranchir qui dérivent d'une loi spéciale, les unes sont abrogées sous Justinien, les autres sont conservées par ce prince.

Les prohibitions qu'il abroge sont au nombre de quatre :

1° Une femme affranchie se place dans le cas prévu par le sénatus-consulte Claudien (n° 38). Conformément à la disposition générale de ce sénatus-consulte, elle devient esclave; mais, par exception, et afin qu'il ne soit pas en son pouvoir d'éteindre les *jura patronatus*, c'est à son patron qu'elle appartient, et celui-ci ne peut l'affranchir (Paul, II, 21a § 7).

2° Un déditice contrevient à la défense de résider à Rome ou à une distance moindre de cent milles. Nous avons vu que le peuple romain le vend *ne manumittatur* (n° 65). — Ces deux prohibitions ont disparu par la suppression du sénatus-consulte Claudien et des affranchis déditices.

3° La loi *Ælia Sentia* annulait les affranchissements faits *in fraudem patroni* (Gaius, I, § 37. — Ulp., 1 § 15). Cette disposition, qui sera expliquée plus loin (page 159, note 2), doit aussi être considérée

(1) Voir toutefois Dosithée (*De man.*, § ~~12~~. 16.

(2) L'esclave grevé d'une hypothèque spéciale peut néanmoins recevoir un fidéicommis de liberté; si donc le testateur lui a laissé, contrairement aux principes, un legs de liberté, par une interprétation indulgente l'on transforme ce legs en fidéicommis.

comme abrogée sous Justinien, par cela seul que nulle part il ne l'a reproduite.

4° Enfin, la loi *Fusia Caninia*, rendue en l'an de Rome 761, et expressément abrogée par Justinien (pr. *sup.* — L. unic., C., *De leg. Fus. Can.*, VII, 3), limitait les affranchissements testamentaires, soit directs, soit par fidéicommis. Voici le résumé de ses dispositions : Le testateur reste pleinement libre s'il n'a pas plus de deux esclaves. De deux à dix, il n'en peut affranchir que la moitié ; de dix à trente, que le tiers ; de trente à cent, que le quart ; et au delà de cent, que le cinquième, sans pouvoir jamais excéder le chiffre de cent. Il est évident, d'ailleurs, que le testateur qui a plus d'esclaves ne doit pas être plus limité que celui qui en a moins. D'où la loi *Ælia Sentia* concluait expressément que le propriétaire de plus de dix esclaves serait toujours autorisé à en affranchir au moins un nombre égal à la moitié de dix ; le propriétaire de plus de trente, un nombre égal au tiers de trente, et ainsi de suite. De sorte que celui qui a douze esclaves en affranchit valablement cinq, et non pas seulement quatre ; celui qui en a trente-six en peut affranchir dix, et non pas neuf, etc. (Gaius, I, §§ 42 à 45). Que si le testateur dépasse le maximum légal, la liberté ne compète qu'aux premiers nommés, jusqu'à concurrence de ce maximum (1). Et si, pour éluder la loi, il écrit les noms en rond, de façon qu'il n'y ait ni premier ni dernier, tous restent esclaves (Gaius, I, § 46).

Mais pourquoi la loi *Fusia Caninia*, qui laisse pleine liberté au maître quant aux affranchissements entre-vifs, lui retire-t-elle cette liberté lorsqu'il teste ? C'est que, vivant, il ne prodigue pas sans quelques raisons des libéralités qui l'appauvrissent lui-même ; par testament, au contraire, il ne dépouille plus que ses héritiers ; aussi faut-il craindre qu'emporté par un vain amour-propre, il ne cherche à se faire à peu de frais, et au détriment de la cité, un renom posthume de générosité (2). Cette loi procède donc bien visiblement du même esprit que la loi *Ælia Sentia*, dont elle est contemporaine à quatre ans près. Et il faut y voir, non pas une œuvre de haine, comme le dit Justinien qui ne la comprend plus, mais une mesure de conservation dans l'intérêt de la cité.

(1) Les textes donnent une décision semblable en ce qui concerne les affranchissements testamentaires faits *in fraudem creditorum* (L. 24, *Qui et a quib.*, XL, 9).

(2) Denys d'Halicarnasse, dans un passage que j'ai déjà cité (page 128, note 2), nous apprend que de son temps on avait vu des testateurs affranchir ainsi tous leurs esclaves, dont quelques-uns avaient commis des crimes dignes du dernier supplice.

70. Quant aux prohibitions légales que Justinien conserve, elles sont assez nombreuses. Les deux plus importantes dérivent de la loi *Ælia Sentia* et font l'objet d'un titre spécial aux Institutes (I, 6) : elles concernent les affranchissements faits par un maître qui n'a pas encore vingt ans et ceux faits *in fraudem creditorum*. Les uns et les autres sont, en principe, déclarés nuls.

Des affranchissements faits par un mineur de vingt ans. — La loi, en prononçant ici la nullité, se propose un double but : 1° empêcher que le caprice d'un enfant ou d'un jeune homme ne peuple la cité d'affranchis; 2° protéger le maître lui-même contre la faiblesse de son âge et contre les surprises du sentiment. Cette protection était d'autant plus nécessaire que, depuis la corruption des mœurs publiques, l'éducation des enfants était trop souvent confiée à des esclaves (Tacit., *De orat.*, 29), placés ainsi dans les meilleures conditions pour dominer leur jeune maître.

A. Ces motifs sont trop absolus pour qu'on tolère aucun moyen indirect d'éluder la loi. En conséquence, le mineur de vingt ans ne pût-il ou ne voulût-il donner à son esclave que la liberté latine, l'affranchissement serait encore nul (Gaius, I, § 41), car rien ne prouve que l'acte du maître ait été bien libre, et le *jus civitatis* est trop facilement accessible aux Latins. Pareillement, l'obstacle à la liberté subsisterait, si le mineur, au lieu d'affranchir lui-même, aliénait l'esclave sous la condition que l'acquéreur l'affranchirait (L. 7 § 1, *Qui et a quib.*, XL, 9), ou si, investi d'une créance dont l'objet serait un esclave, il imposait au débiteur l'obligation d'affranchir (L. 66, *De verb. oblig.*, XLV, 1). Cependant la loi s'interprète avec indulgence à un double point de vue : 1° le mineur de vingt ans qui n'a sur l'esclave qu'un droit d'usufruit, d'usage, de gage ou d'hypothèque, renonce valablement à ce droit pour rendre possible l'affranchissement par le propriétaire (L, 2; L. 4 § 2, *De manum. vind.*, XL, 2); 2° le maître est réputé âgé de vingt ans, par conséquent apte à affranchir, dès la veille du vingtième anniversaire de sa naissance (L. 1, *De manum.*, XL, 1).

La prohibition de la loi *Ælia Sentia* reçoit une dérogation très-rationnelle, lorsque le mineur de vingt ans a de justes motifs d'affranchir. En pareil cas, l'esclave devient libre, si la juste cause a été préalablement approuvée par un conseil et que l'affranchissement soit fait *vindicta* (§ 4 *sup.*).

Les Institutes (§ 5 *sup.*) nous offrent plusieurs exemples de *justæ causæ*; mais il ne faut pas songer à en donner une énumération limi-

tative. Toutefois on peut les partager en trois classes : 1° Il y a *justa causa*, toutes les fois que le mineur de vingt ans est légalement tenu d'affranchir. Par exemple, l'esclave lui a été légué, donné entre-vifs ou vendu à cette condition (L. 16 § 1, *De man. vind.*, XL, 2. — L. 29, *De fid. lib.*, XL, 5). 2° La *justa causa*, et c'est le cas le plus ordinaire, tient à un motif d'affection. Ainsi le mineur de vingt ans veut affranchir son père, son fils, son frère (1), son précepteur, sa nourrice, son frère de lait, etc. Du reste il n'est pas nécessaire que cette affection soit en quelque sorte commandée par la nature, mais il faut toujours qu'elle ait une cause honnête (L. 16 pr., *De man. vind.*). 3° Enfin la *justa causa* consiste quelquefois en un but qui ne peut être atteint que par l'affranchissement de l'esclave. Par exemple, si c'est une femme, son maître se propose de l'épouser (2); si c'est un homme, il veut lui confier la direction d'un procès, c'est-à-dire le constituer *procurator ad litem*. Dans ce dernier ordre d'hypothèses, il n'y a vraiment *justa causa* qu'autant que le but poursuivi n'a rien d'illégal. Ainsi quand l'esclave qu'il s'agit d'affranchir pour en faire un *procurator ad litem* n'a pas dix-sept ans accomplis, la *justa causa* n'existe pas, attendu qu'au-dessous de cet âge nul ne peut *postulare*, c'est-à-dire plaider (L. 1 §§ 2 et 3, *De post.*, III, 1. — §§ 5 et 7 *sup.*). Pareillement ni le castrat qui désire épouser son *ancilla*, ni l'impubère qui voudrait être sous la tutelle de son esclave, n'ont de *justa causa*, car les castrats sont incapables de se marier, et le choix de tuteur n'appartient pas au pupille (L. 14 § 1; L. 25, *De man. vind.*).

Quant au *consilium*, il se compose, à Rome, de cinq sénateurs et de cinq chevaliers romains pubères; dans les provinces, de vingt *re-*

(1) Il est facile de comprendre comment l'on peut avoir de telles personnes en sa puissance. Par exemple je suis propriétaire de toute une famille d'esclaves. Si j'affranchis le père et l'institue mon héritier, il devient propriétaire de son fils. A l'inverse, le fils affranchi et institué sera propriétaire de son père et de son frère.

(2) Sur ce cas il y a deux particularités à noter. Il faut d'abord que le maître s'engage par serment à épouser son *ancilla;* sinon la *justa causa* n'existe pas (L. 13, *De man. vind.*). Il faut en second lieu que le mariage, à moins d'être empêché par une raison majeure, ait lieu dans les six mois qui suivent la *manumissio;* sinon la *justa causa* s'évanouit et l'affranchissement est réputé nul (§ 5 *sup.*). D'où il suit que provisoirement la condition de la femme est *in pendenti*. Si donc elle accouche dans les six mois et avant la réalisation du mariage, la condition de l'enfant sera elle-même *in pendenti* (L. 19, *De man. vind.*, XL, 2). — On remarquera que la femme mineure de vingt ans ne peut affranchir *matrimonii causa* que son *conservus*, c'est-à-dire l'esclave avec qui elle a servi sous le même maître et dont elle est aujourd'hui propriétaire (L. 14 § 1, *De man. vind.*).

cuperatores citoyens romains (Gaius, I, § 20) (1). C'est le magistrat, soit le consul, soit le préteur, qui choisit les membres du *consilium* (L. 1 pr. et § 2, *De off. cons.*, I, 10 — L. 5, *De man. vind.*); c'est lui aussi qui le préside, et comme cette fonction rentre dans la juridiction gracieuse, il ne peut pas la confier à son *legatus* (L. 2 pr., *De off. ejus cui mand.*, I, 21). A Rome, il y a des jours fixés d'avance pour l'examen des *justæ causæ;* dans les provinces, on y consacre le dernier jour du *conventus* (2). La décision du *consilium* une fois rendue, il ne paraît pas probable que le magistrat ait compétence pour la rejeter (3); et il est certain qu'exacte ou non, elle ne peut pas être attaquée par l'appel. Elle est donc irrévocable, et en cela elle diffère du jugement qui statuerait sur un litige. Marcien cite en ce sens un rescrit formel de l'empereur Antonin le Pieux (§ 6 *sup.* — L. 9 § 1, *De manum. vind.*, XL, 2).

A. J'ai dit tout à l'heure que, pour être valable, l'affranchissement émané d'un mineur de vingt ans doit être fait par la vindicte. Cette décision n'est vraie qu'en supposant au mineur l'intention de rendre l'affranchi citoyen romain. Elle a pour but unique d'écarter ici l'application du cens et du testament; et elle est fondée sur ce qu'une fois la juste cause reconnue, il est naturel que l'affranchissement soit immédiat, par conséquent se réalise par le seul procédé toujours disponible. Mais il résulte d'un texte formel de Gaius (I, § 41) que, si le mineur ne veut donner à son esclave que la *libertas latina*, il affranchit valablement *inter amicos*. D'où je conclus que sous Justinien ce dernier mode ayant même effet que la vindicte, c'est par inadvertance et pour avoir copié Gaius sans discernement que cet empereur exige d'une manière absolue l'emploi de la vindicte (§ 4 *sup.*).

La législation qui vient d'être exposée subsiste pleinement sous Justinien en ce qui concerne les affranchissements entre-vifs. Mais elle ne subsiste plus quant aux affranchissements testamentaires. Gaius.

(1) On appelait *recuperatores* des juges que nous aurons plus loin à distinguer des *judices* proprement dits (n° 737).

(2) Par *conventus*, il faut entendre les assises ou sessions judiciaires que les gouverneurs de provinces tenaient successivement dans plusieurs localités de leur ressort, à l'effet d'expédier les diverses affaires rentrant dans l'administration de la justice, soit contentieuse, soit gracieuse. Il est quelquefois question de ces *conventus* dans les auteurs classiques (César, *De Bell. Gall.*, V, 1 et 2; VII, 1. — Cic., 2ª *act. In Verr.*, V, 11).

(3) La doctrine contraire se fonde sur la loi 1 § 2, *De off. cons.* (I, 10), où il est dit : *consul consilii causam examinat*. A mes yeux, ce texte signifie que le consul choisit les membres du conseil, nullement qu'il puisse rejeter leur décision.

(I, § 40) avait fait remarquer que, dès l'âge de quatorze ans, l'homme, étant capable de tester, transmettait librement la propriété de son esclave, soit à un héritier institué, soit à un légataire, et que pourtant, même par testament, il lui était interdit de le rendre libre. Le grand jurisconsulte relevait ainsi un contraste intéressant, mais il ne critiquait pas la loi. Comprenant mal son observation, et oubliant le but politique de la loi *Ælia Sentia*, Justinien voit une inconséquence à décider que qui peut transmettre la propriété d'un esclave par testament, ne le puisse affranchir dans la même forme. Il autorise donc les affranchissements testamentaires dès l'âge de dix-sept ans (§ 7 *sup.*) (1). Mais cette sorte de compromis n'effaçait pas la prétendue inconséquence de la loi. Et c'est pourquoi, par une décision postérieure (Nov. 119, cap. 2), il admit que le mineur de vingt ans pourrait affranchir par testament, dès qu'il serait capable de tester. Mais il maintint toujours l'incapacité d'affranchir entre-vifs avant l'âge de vingt ans. Cette différence est aisée à expliquer : les mineurs de vingt ans avaien le même besoin de protection sous Justinien qu'autrefois : vivants, il fallait donc les empêcher de se dépouiller; morts, la loi n'avait plus à s'occuper d'eux. Quant à la cité, désormais sans droits, que lui importait qu'un testament irréfléchi lui donnât quelques enfants indignes qui seraient des sujets plutôt que des citoyens? La même considération explique l'abrogation de la loi *Fusia Caninia*. C'est ainsi que la dégradation politique de l'empire concourait à préparer la régénération de l'humanité en facilitant la disparition progressive de l'esclavage.

71. *Des affranchissements faits* IN FRAUDEM CREDITORUM. — Une disposition générale de l'Édit du préteur permettait aux créanciers de demander la révocation des actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Mais les affranchissements, actes irrévocables par leur nature, échappaient à cette disposition. Il fallait donc ou leur laisser leur pleine validité, ou les déclarer nuls de plein droit. Le préteur, gardien du droit civil, avait dû reculer devant ce second parti; la loi *Ælia Sentia* put s'affranchir de ces scrupules. Elle admit donc, dans l'intérêt

(1) Le choix de cet âge est déterminé par une circonstance que Justinien indique (§ 7 *sup.*) : c'est que c'est à dix-sept ans seulement qu'une personne pouvait, d'après l'Édit du préteur, figurer en justice (*postulare*), soit pour elle-même, soit pour autrui. Dans la fixation de cet âge, le préteur lui-même avait suivi les données du vieux droit civil : c'est à dix-sept ans, en effet, que l'homme commençait à figurer dans les centuries comme *junior* (n° 11); et anciennement ce n'est qu'à cet âge qu'il était réputé pubère (n° 82).

des créanciers, la nullité des affranchissements frauduleux, mais sans les définir. Dans la doctrine définitive (§ 3 *sup.*), on subordonne la nullité à deux conditions : 1° il faut un préjudice réellement causé aux créanciers (*damnum*, *eventus damni*, ou simplement *eventus*), et ce préjudice ne peut résulter que de deux circonstances, savoir : de ce que l'affranchissement détermine l'insolvabilité du débiteur jusque-là solvable, ou augmente son insolvabilité préexistante (1). La preuve du préjudice suppose préalablement faite la *bonorum venditio*, ou vente en bloc de tous les biens du débiteur (n°s 482 et s.) : si le prix fourni par cette vente ne suffit pas à désintéresser complétement les créanciers, il est évident que l'affranchissement leur nuit; 2° il faut que le débiteur ait agi avec la conscience du préjudice qu'il allait causer à ses créanciers (*consilium*). D'où il suit que l'affranchissement vaudrait, si le préjudice ne tombait en fait que sur des créanciers postérieurs à ceux que le débiteur a voulu frustrer. Par exemple, me sachant insolvable, je teste et j'affranchis plusieurs esclaves; puis je meurs, ayant payé tous les créanciers que j'avais au jour de la confection de mon testament, mais laissant de nouvelles dettes. Les esclaves seront libres, à moins que les nouveaux créanciers n'aient fourni les deniers qui ont payé les premiers (LL. 15 et 16, *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8) (2). Le *consilium fraudis*, à la différence du *damnum*, n'était pas exigé par tous les jurisconsultes. Les Institutes (§ 3 *sup.*) attestent l'existence d'une controverse (3), et un texte de Gaius (L. 10, *Qui et a quib. manum.*, XL, 9) prouve que ce jurisconsulte se contentait du *damnum*. Il argumentait de ce que fort souvent des hommes dont les intérêts sont disséminés dans divers pays, ignorant l'état exact de leur fortune, et se croyant solvables quand ils ne le sont pas, font des affranchissements qu'ils n'eussent pas faits, s'ils avaient connu la réalité (4). On remarquera que Justinien, pour exiger le *consilium* conformément à l'opinion la plus générale, se fonde assez étourdiment

(1) Il n'y a donc pas *damnum*, si l'esclave que j'affranchis était dû par moi à un tiers, et que du reste ma fortune actuelle me permette de réparer par des dommages-intérêts le tort que l'inexécution de mon obligation va causer au créancier.

(2) La loi 16 que je cite est une note de Paul destinée probablement à rectifier une décision trop absolue de Papinien qui, dans cette hypothèse, paraît avoir admis sans distinction la nullité (L. 25, *Qui et a quib.*, XL, 9).

(3) Cette controverse s'explique par l'ambiguïté des mots *fraus* et *fraudare* qui tantôt s'entendent simplement du préjudice matériel (L. 1 § 15, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5. — L. 15, *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8), tantôt et plus souvent supposent que ce préjudice a été déterminé par la mauvaise foi.

(4) On a néanmoins cherché à établir que Gaius professait l'opinion qui a pré-

sur le motif même par lequel Gaius repoussait cette exigence (1).

Ces deux conditions réunies, la nullité pourra être proposée par les créanciers, par eux seuls, mais non par le *manumissor* ou par ses héritiers : telle est la doctrine générale qui ressort et du but de la loi et des textes (L. 7, C., *De lib. caus.*, VII, 16) (2). Quant au délai donné pour faire valoir la nullité, Paul, visant les affranchissements faits en fraude du fisc, le limite à dix ans à compter du jour où l'esclave a vécu *in libertate* (L. 16 § 3, *Qui et a quib.*). Contrairement à plusieurs auteurs qui généralisent cette décision, j'incline à la croire exceptionnelle, et à poser en règle ou que les créanciers doivent agir dans l'année utile qui suit la *bonorum venditio*, car tel est le délai qu'on leur assigne pour attaquer les autres actes frauduleux du débiteur (L. 6 § 14, *Quæ in fraud. cred.*), ou que leur droit est perpétuel; et, à l'appui de cette dernière opinion, je remarque que seul entre tous les actes faits *in fraudem*, l'affranchissement est nul de plein droit, que les créanciers, au lieu d'en demander la révocation, en font simplement proclamer l'inexistence, et qu'en conséquence il ne paraît pas pouvoir être validé par le seul effet d'un laps de temps quelconque. Ainsi entendue, la décision de Paul n'exprimerait ni

valu, et l'on s'est fondé sur la loi 57, *De manum. test.* (XL, 4). Julien avait admis la nullité de l'affranchissement testamentaire même ainsi conçu : *Quum æs alienum solutum erit, Stichus liber esto.* Gaius critique cette décision, parce qu'il résulte des termes mêmes de la disposition qu'elle ne peut valoir que par la solvabilité du testateur; mais il fait remarquer, en outre, que dans l'opinion de Julien, qui admet la nécessité du *consilium fraudis*, il y a une raison de plus pour rejeter ici la nullité : c'est que le testateur a très-clairement voulu ne pas préjudicier à ses créanciers. Évidemment il ne résulte pas de là que Gaius lui-même exigeât le *consilium fraudis*. Pour le croire, il faudrait d'abord admettre que Justinien s'est donné la peine de corriger la loi 10, *Qui et a quib.*, et cela dans le but inconcevable de la mettre en contradiction avec sa propre doctrine.

(1) La doctrine de Gaius était certainement excellente à l'égard des affranchissements testamentaires. Car pourquoi les traiter autrement que les legs, qui, même faits de très-bonne foi, ne peuvent jamais être opposés aux créanciers?

(2) Une difficulté s'élève en ce qui concerne les affranchissements testamentaires. Et d'abord il faut savoir que l'on n'applique pas ici la maxime *hereditas solvendo est quæ heredem invenit* (L. 36, *De bon. lib.*, XXXVIII, 2), et qu'en conséquence de tels affranchissements restent nuls, nonobstant la solvabilité personnelle de l'héritier (L. 57, *De manum. test.* — L. 18 § 1, *Qui et a quib. man.*). Cette doctrine, il est vrai, avait été combattue sous le prétexte que la solvabilité de l'héritier, représentant du défunt, devait produire exactement l'effet d'une augmentation de fortune survenue à celui-ci lui-même ou à l'hérédité. Mais on ne s'arrêta pas à cette objection, et cela sans doute afin de ne pas détourner l'héritier de faire adition, ce qui eût été le résultat de la doctrine qui subordonnait la nullité des affranchissements à sa propre insolvabilité. Ceci admis, deux situations se conçoivent : ou

le droit commun ni une faveur pour le fisc, mais bien une faveur pour l'esclave contre le fisc (1).

72. Par une remarquable dérogation à la règle, la *manumissio in fraudem creditorum* vaut, lorsque le maître a affranchi son esclave par testament et l'a institué héritier (2). Il faut voir là une faveur pour le maître, non pour l'esclave; et elle est facile à expliquer. Un homme mourant insolvable, son héritier refusera presque certainement de faire une adition qui se résoudrait en l'obligation de payer sur sa propre fortune la différence entre l'actif et le passif du défunt, mais cette faculté de refuser l'hérédité n'appartient pas à l'esclave institué par son maître : il est *heres necessarius*. Or comme les Romains tenaient infiniment, on verra plus tard pourquoi, à ne pas mourir intestats (n° 320), dans le doute sur leur solvabilité ils instituaient volontiers un esclave. Cédant donc à cette exigence des mœurs, la loi admet ici la validité de l'affranchissement testamentaire pour rendre possible l'institution de l'esclave. Toutefois elle restreint la dérogation dans la mesure du strict nécessaire, et, en conséquence, elle veut : 1° que le maître insolvable n'affranchisse et n'institue qu'un seul esclave, ou, s'il en a affranchi et institué plusieurs, que le premier nommé seul arrive à la liberté (L. 60, *De hered. inst.*, XXVIII, 5); 2° que l'esclave ne devienne libre qu'autant qu'aucune des autres personnes qui auraient été instituées, avec lui ou à son défaut, ne peut ou ne veut faire adition (§ 1 *sup.*).

Cette institution d'un *servus proprius* par le maître insolvable est

l'héritier est insolvable, et alors les créanciers du défunt demandent la *bonorum separatio* (n° 352); ce sont eux qui se prévalent de la loi Ælia Sentia, eux qui plaident la nullité des affranchissements. Ou, au contraire, l'héritier est solvable, et ici les créanciers, bien sûrs d'être payés, ne critiqueront pas les affranchissements. Mais l'intérêt qu'ils n'ont pas, l'héritier l'a incontestablement. Donc devons-nous le considérer comme protégé par la loi Ælia Sentia? Telle est la question, et je pense qu'il faut la résoudre par l'affirmative; car, comme je l'ai déjà dit, il importe aux créanciers eux-mêmes que l'héritier puisse faire adition en toute sécurité. Et n'est-ce pas, en effet, pour cette raison que le préjudice résultant des affranchissements testamentaires s'apprécie au jour de l'adition, et non pas au jour du décès (L. 18 pr., *Qui et a quib.*)?

(1) Tant que les créanciers n'ont pas proposé la nullité et jusqu'à ce qu'on ait la certitude qu'ils ne s'en prévaudront pas, l'affranchissement est considéré comme subordonné à une condition tacite, et par la force des choses l'esclave est assimilé au *statuliber* (L. 1 § 1, *De statul.*, XL, 7). Mais, à la différence d'un véritable *statuliber*, il est provisoirement *in libertate*, et voilà pourquoi le texte précité de Paul (L. 16 § 3, *Qui et a quib.*) dit que l'action des créanciers exercée dans les dix ans le fait rentrer en servitude (*revocat in servitutem*).

(2) Anciennement un testateur avait besoin d'affranchir expressément son esclave

vue avec tant de faveur, que toutes les autres dispositions de la loi *Ælia Sentia* fléchissent ici. Ainsi, en supposant le maître mineur de vingt ans, l'esclave âgé de moins de trente ans, ou marqué au fer chaud, trois circonstances dont la première devrait rendre l'affranchissement nul, la seconde réduire l'affranchi à la condition de Latin et la troisième lui infliger celle de déditice, néanmoins, par cela seul que le maître n'est pas solvable, l'affranchissement produira ses pleins effets : l'esclave deviendra donc libre et citoyen, sans quoi il ne pourrait pas revêtir la qualité d'héritier (Ulp., I § 14. — L. 27, *De manum. test.*, XL, 4) (1).

Il convient de remarquer que la prohibition d'affranchir *in fraudem creditorum* s'adresse aussi bien aux pérégrins qu'aux Romains, les droits des créanciers exigeant toujours le même respect, quelle que soit la nationalité du débiteur. Tout au contraire, les autres dispositions de la loi *Ælia Sentia* ne sont pas faites pour les pérégrins, parce qu'en vertu des principes mêmes leurs affranchis ne deviennent pas citoyens romains (Gaius, I, § 47) (2).

73 *a.* Reste à indiquer quelques autres prohibitions d'affranchir qui, introduites par le droit ancien, furent conservées par Justinien : 1° la défense d'affranchir a été imposée, soit par le magistrat au maître à raison d'un délit de l'esclave, soit par le maître lui-même comme condition d'une aliénation entre-vifs ou d'une transmission par testament (L. 9 § 2, *Qui et a quib.*); 2° l'esclave a été condamné *ad vincula*. Tant que sa peine n'est pas pleinement exécutée, il n'y a pas d'affranchissement possible. Donc, si elle est perpétuelle, il ne pourra jamais devenir libre (L. 33, *De pœnis*, XLVIII, 19. — L. 2, C., *Qui non poss. ad lib.*, VII, 12); 3° le maître est *reus criminis capitalis.*

pour l'instituer héritier; sous Justinien l'institution implique le don de la liberté (Inst., § 2, *Qui quib. ex caus.*, I, 6).

(1) Les prohibitions d'affranchir qui ne dérivent pas de la loi Ælia Sentia ne cessent jamais, même en cas d'insolvabilité du testateur (L. 83 pr., *De hered. inst.*, XXVIII, 5).

(2) La loi Ælia Sentia, on l'a déjà vu (n° 69), annulait aussi les affranchissements faits *in fraudem patroni*. Ici le préjudice résulte de ce que le bénéfice du droit de succession que le préteur ou la loi assure au patron a été diminué (nos 427 et 428). Quant au *consilium*, il consiste dans la conscience que l'affranchi a de ce résultat au jour où il donne la liberté à son esclave. Au surplus, de même que les créanciers d'une hérédité insolvable n'ont pas besoin de prouver la mauvaise foi du testateur pour écarter les légataires, de même le patron n'a pas besoin d'établir le *consilium* pour méconnaître les affranchissements testamentaires qui lui nuiraient (L. 1 § 1, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5).

Jusqu'à l'acquittement prononcé on lui défend d'affranchir, sans doute afin d'assurer à l'État le bénéfice de la confiscation attachée régulièrement à toute condamnation capitale (L. 8 § 1, *De manum.*, XL, 1. — n° 486); 4° une femme est poursuivie criminellement pour adultère commis avec son esclave; tant qu'elle n'est pas acquittée, elle ne peut pas affranchir l'esclave accusé d'être son complice (Inst., pr., *De hered. inst.*, II, 14). Dans le droit classique, cette prohibition ne s'explique guère que par un motif de convenance (1). Mais l'adultère ayant été puni de mort par Constantin (L. 30 § 2, C., *Ad leg. Jul. de adult.*, IX, 9), nous n'avons plus ici qu'une application de la disposition précédente; 5° en cas de divorce *non bona gratia*, c'est-à-dire sans consentement mutuel, la femme, pendant un délai de soixante jours, ne peut affranchir aucun esclave (L. 12 pr.; L. 14 pr. et § 4, *Qui et a quib.*). Pourquoi cette disposition dont Ulpien relève l'extrême dureté (L. 12 § 1, *eod. tit.*)? C'est qu'un pareil divorce rend probable l'adultère de la femme, et qu'en affranchissant l'esclave qui peut témoigner contre elle, elle le déroberait à la torture (L. 12 pr., *eod. tit.*) (2). Que si la prohibition disparaît après soixante jours, cela tient à ce que, ce délai passé, on présume qu'il n'y aura pas de poursuite. Pendant ce temps, en effet, le père et le mari de la femme ont seuls qualité pour agir. Or s'ils n'ont pas agi, eux les plus intéressés, il y a tout lieu de croire que la poursuite manque de fondement (3).

DIVISION GÉNÉRALE DES PERSONNES EN PERSONNES *sui juris* OU *alieni juris*. SUBDIVISION DES PERSONNES *alieni juris* EN QUATRE CLASSES.

Lib. I, tit. VIII, *De iis qui sui vel alieni juris sunt*, pr. — Sequitur de jure personarum alia divisio : nam

Suit une autre division des personnes : les unes, en effet, sont *sui juris*, les autres sont soumises à la

(1) On l'a expliquée cependant en disant que par l'affranchissement l'esclave échapperait à la torture, mais c'est là une erreur. Sans doute les esclaves seuls peuvent être mis à la torture comme témoins, mais ici l'esclave est présenté comme complice de la femme. Or les accusés, esclaves ou libres, sont tous passibles de la torture à l'époque de Septime-Sévère et de Caracalla, auteurs de notre décision.

(2) En général, un esclave ne peut être ni torturé ni interrogé contre son maître. Mais cette règle n'est pas suivie dans les accusations d'adultère (L. 17 pr., *De quæst.*, XLVIII, 18). Du reste les textes cités prouvent que, dans le délai où l'on défend à la femme divorcée d'affranchir des esclaves, on lui défend aussi d'en aliéner, et cela tient sans doute à ce que, pour faire mettre à la torture l'esclave d'un tiers, l'accusateur a des conditions à remplir (Paul V, 16, § 3).

(3) Une autre prohibition d'affranchir concernait anciennement l'esclave coupable de *plagium* (L. 12, *De manum.*, XL, 1). Mais sous Justinien on le punit de mort (LL. 7 et 16, C., *Ad leg. Fav. de plag.*, IX, 20).

quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ (1). Rursus earum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate parentium, aliæ in potestate dominorum sunt. Videamus itaque de iis quæ alieno juri subjectæ sunt : nam si cognoverimus quæ istæ personæ sunt, simul intelligemus quæ sui juris sunt. Ac prius dispiciamus de iis quæ in potestate dominorum sunt (Gaius, I, §§ 48 à 51).

puissance d'autrui. Mais, parmi ces dernières, les unes sont sous la puissance d'un ascendant, les autres sous la puissance d'un maître. Voyons donc quelles sont les personnes soumises à la puissance d'autrui : quand nous les connaîtrons, nous saurons du même coup quelles personnes sont *sui juris*. Et d'abord envisageons les personnes qui sont sous la puissance d'un maître.

74. Dans les précédentes divisions des personnes, on a étudié les différents rôles que les individus peuvent jouer dans la société en général. La nouvelle division que j'aborde n'a plus trait qu'à l'application du droit privé : elle envisage les individus dans leurs rapports de famille, en donnant à ce mot son sens le plus étendu (2).

On qualifie personnes *sui juris* celles qui ne sont placées sous aucune puissance, personnes *alieni juris* celles qui se trouvent sous la puissance d'un tiers. Les personnes *sui juris* s'appellent, quel que soit

(1) Ces expressions, *sui juris*, *alieni juris*, ont pour synonymes *suæ potestatis*, *alienæ potestatis* (Inst., § 6, *Quib. mod. test.*, II, 17. — L. 4, *De his qui sui vel al.*, I, 6. — L. 3, *Quod cum eo*, XIV, 5). On dit aussi de l'individu *sui juris* qu'il est *suus* (Inst., § 3, *De senat. Tertull.*, III, 3), et lui-même dit : je suis *meus* (Pers., Sat. V, v. 88.)

(2) Il est nécessaire de connaître les différents sens juridiques du mot *familia*. Or il y en a cinq, tous indiqués dans un même texte (L. 195 §§ 1 à 4, *De verb signif.*, L, 16). Voici d'abord trois sens relatifs aux personnes : 1° il désigne l'ensemble des personnes qui sont unies entre elles par le lien d'agnation (Inst., § 1, *De leg. agn. tut.*, I, 15). C'est là la signification la plus exacte et la plus ordinaire du mot. Elle est usitée *jure communi*, dit Ulpien (L. 195 § 2, *De verb. signif.*); 2° on entend par *familia* le *paterfamilias* et les individus placés sous sa puissance, particulièrement sous sa *patria potestas* ou sa *manus*. Ce sens explique très-bien la composition du mot *paterfamilias*. C'est l'homme qui a ou peut avoir en sa puissance d'autres personnes, car *pater* signifie proprement chef ou maître (Virg., *Æneid.*, IX, v. 449); 3° *familia* comprend tous les descendants d'un auteur commun, tous les cognats. C'est là un sens rare dans les textes juridiques. — Voici maintenant deux autres sens relatifs aux choses : 1° *familia* désigne l'ensemble du patrimoine (Gaius, II, §§ 102 à 104. — Tabul. V, 2 et 3). De là la dénomination de l'action *familiæ erciscundæ* ou action en partage d'une hérédité. Ce sens explique très-bien aussi la composition du mot *paterfamilias*. C'est l'homme qui a ou peut avoir un patrimoine; 2° on appelle tout spécialement *familia* l'ensemble des esclaves appartenant à une même personne (Inst., *De leg. Fus. Canin.*, I, 7). En ce sens, on distingue *urbana familia* et *rustica familia* (L. 166, *De verb. signif.*).

leur âge, *patresfamilias* et *matresfamilias* (1). Ces expressions signifient simplement que la personne est ou peut être à la tête d'un patrimoine, qu'elle a ou peut avoir d'autres personnes sous sa puissance; mais elles impliquent tellement peu la paternité ou la maternité, qu'un individu peut être *paterfamilias* avant d'avoir atteint l'âge fixé pour contracter un mariage légal; il peut même naître tel (L. 195 § 2, *De verb. signif.*, L, 16). C'est assez pour cela qu'il soit conçu en dehors des *justæ nuptiæ* ou qu'il naisse d'une femme devenue veuve depuis la conception. Quant aux personnes *alieni juris*, il est impossible de les comprendre toutes sous une dénomination commune; car la loi romaine reconnaît plusieurs espèces de puissances. Dans le droit classique il y en avait quatre, savoir : 1° la *potestas dominica* ou puissance du maître sur son esclave (2); 2° la *patria potestas* ou puissance du père sur ses enfants; 3° la *manus* ou puissance ~~d'un~~ du mari ou d'un tiers sur la femme; 4° le *mancipium* ou puissance d'un homme libre sur une autre personne libre qui lui avait été mancipée (Gaius, I, § 49). De ces quatre puissances il y en a deux, la *patria potestas* et la *manus*, qui ne peuvent appartenir qu'à des hommes, les deux autres sont accessibles même aux femmes. Il y en a une, la *manus*, qui ne porte que sur des femmes; les trois autres portent indifféremment sur des hommes ou sur des femmes. Enfin il y en a trois, la *patria potestas*, la *manus* et le *mancipium*, qui appartiennent au *jus civile;* la *dominica potestas* seule rentre dans le *jus gentium* (Inst., § 1, *De his qui sui vel al.*, I, 8). Je veux dire que les Romains reconnaissent et respectent la puissance des pérégrins eux-mêmes sur leurs esclaves.

La *manus* et le *mancipium*, puissances déjà presque effacées vers la fin de la période classique, ont complétement disparu dans le droit définitif. C'est pourquoi je ne les expliquerai que d'une façon très-sommaire (n°s 120 à 122). Quant à la *dominica potestas*, elle a déjà

(1) Dans l'usage, on réservait le nom de *materfamilias* à la femme de mœurs honnêtes (L. 46 § 1, *De verb. signif.*, L, 16). Ce mot présente, au surplus, deux autres sens. Ulpien le prend comme synonyme d'*uxor* (L. 1 pr., *De Concub.*, XXV, 7). Cicéron (*Top.*, 3) et Aulu-Gelle (XVIII, 6) le donnent comme exclusivement applicable à la femme mariée et *in manu*. Ce dernier sens est tout à fait contraire à celui qui a prévalu; mais il s'explique par cette idée que la *manus* établit une copropriété entre le mari et la femme, comme la *patria potestas* entre le père et les enfants.

(2) J'ai dit qu'il y a des esclaves *sine domino*. L'on ne peut pas exactement les qualifier *alieni juris;* mais à coup sûr ils ne sont pas non plus *sui juris*.

été étudiée (nos 39 et s.). Mon attention doit donc se concentrer sur la *patria potestas*, matière de la plus haute importance pratique et historique.

DE LA *patria potestas*.

SOMMAIRE GÉNÉRAL : I. Nature de la *patria potestas* considérée en elle-même et de ses sources — II. Des *justæ nuptiæ*. — III. De l'adoption. — IV. De la légitimation. — V. De la dissolution de la puissance paternelle.

DE LA *patria potestas* CONSIDÉRÉE EN ELLE-MÊME.

SOMMAIRE : — I. Nature et caractère de la puissance paternelle. — II. Condition juridique des fils de famille. — III. Atténuation progressive de la puissance paternelle. — IV. Indication des sources de la puissance paternelle.

I. — NATURE ET CARACTÈRE DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Lib. I, tit. IX, *De patria potestate*, § 2. — Jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus (Gaius, I, § 55).

Mais le droit de puissance que nous avons sur nos enfants est particulier aux citoyens romains; il n'y a pas, en effet, d'autres hommes qui aient sur leurs enfants une puissance pareille à celle que nous avons sur les nôtres.

75. Les personnes soumises à la puissance paternelle s'appellent *filiusfamilias* et *filiafamilias*. Envisagée dans sa primitive et brutale simplicité, cette puissance peut s'analyser en trois propositions : 1° le père de famille est le chef du culte domestique (*sacra privata*) (1). Ses enfants n'ont pas de *sacra* qui leur soient propres; 2° les fils de famille sont aussi incapables que les esclaves d'avoir un patrimoine. Tout ce qu'ils acquièrent est acquis à leur père (nos 296 et 688); 3° leur personne physique est à la disposition absolue du *paterfamilias*, qui peut les battre, les employer aux travaux des champs, les emprisonner, les vendre (2), même les tuer (L. 11, *De lib. et post.*, XXVIII, 2. —

(1) Ce culte privé avait ses fêtes (*feriæ privatæ*), telles que celle de la naissance (*dies natales*) et celle des morts (*dies denicales*) (Cic., *de Leg.*, II, 22. — Festus, v° *Denicales feriæ*). Il n'était pas réglé souverainement par le père de famille. Les cérémonies dont il se composait devaient être approuvées par les pontifes (Festus, v° *Sacer mons*). Il est fort probable qu'au début les familles patriciennes eurent seules un culte privé, mais que chacune communiqua le sien aux familles plébéiennes qui relevaient d'elle par le lien de la clientèle ou par l'affranchissement.

(2) D'après une loi de Numa Pompilius, que mentionne Denys d'Halicarnasse (II, 27), le fils de famille une fois marié ne pouvait plus être vendu.

Cic., *pro domo*, 27. — Aul. Gell., V, 19. — Denys d'Hal., IV, 26 et 27) (1).

A ces effets exorbitants il est facile de reconnaître que la puissance paternelle ne pouvait pas être classée dans le *jus gentium*, qu'elle est organisée dans l'intérêt du père et non de l'enfant, et que cet intérêt lui-même n'est qu'un moyen d'atteindre un but plus éloigné, un but politique.

Et d'abord, la *patria potestas* appartient au *jus civile*. Cela résulterait, au besoin, comme le fait remarquer Gaius (I, § 55), d'un édit où Adrien décide que la concession du droit de cité, obtenue par un pérégrin pour lui-même, sa femme et ses enfants, ne suffit pas à faire tomber ces derniers sous la puissance paternelle; il faut pour cela une concession expresse du prince, ce qui implique nettement que le père pérégrin n'a pas cette puissance (Gaius, I, §§ 93 et 94. — Plin., *Epist.*, X, 8). Au surplus, en la rattachant au *jus civile*, on n'entend pas exprimer, quoi qu'en dise Justinien (§ 2 *sup.*), qu'elle ne soit consacrée par aucune législation étrangère. Jules César (*de Bell. Gall.*, VI, 19) et Gaius (I, § 55) constatent qu'en Gaule et chez les Galates de l'Asie Mineure elle était organisée d'après les mêmes principes et avec la même énergie qu'à Rome. On veut donc simplement dire que les juridictions romaines ne la feront respecter qu'au profit d'un père romain sur un fils également romain.

En second lieu, cette puissance n'est pas organisée dans une vue de protection pour l'enfant, mais dans l'intérêt du père. Et de là les conséquences suivantes : 1° elle n'appartient jamais à aucune femme, pas même à la mère. Elle n'appartient jamais non plus à un ascendant mâle de la ligne maternelle (Inst., § 3, *De patr. pot.*, I, 9); 2° pour en être investi, il faut être *sui juris*. Donc l'enfant qui a plusieurs ascendants mâles dans la ligne paternelle, par exemple son

d/ (1) Tous ces textes constatent le *jus vitæ necisque*. La formule de l'abrogation, telle que la donnent Cicéron et Aulu-Gelle, le met particulièrement en relief. Papinien fait remonter ce droit à une loi rendue sous les rois (*Coll. leg. mos.*, Tit. IV, cap. 8). Mais comme il survécut à l'abrogation des *leges Regiæ*, nous sommes bien autorisés à croire qu'il avait, comme toute l'organisation de la famille romaine, une raison d'être dans des idées et des mœurs indépendantes du pouvoir monarchique et antérieures peut-être à l'existence de Rome. La même organisation paraît avoir été admise chez toutes les populations latines (Tit.-Liv., XLI, 8). Denys d'Halicarnasse, dans les textes que je cite, fait une comparaison intéressante de la puissance paternelle, telle qu'elle était à Rome et telle qu'elle avait été conçue en Grèce, où elle était temporaire et où les plus grandes rigueurs permises au père de famille consistaient à expulser son fils de sa maison et à l'exhéréder.

père et son grand-père, sera sous la puissance du plus éloigné, non du plus proche (Inst., § 3, *De patr. pot.*); 3° il n'y a pas d'âge qui libère l'enfant de cette puissance. Eût-il quatre-vingts ans, il peut la subir aussi intense que s'il était encore impubère; 4° celui qui n'a pas été placé sous la *patria potestas* par un effet immédiat de sa naissance, n'y peut tomber malgré soi. Mais il n'y a pas besoin, pour y tomber, d'un consentement exprès (1). Il suffit que nulle volonté contraire ne soit ou ne puisse être manifestée. Ainsi l'empereur la confère très-régulièrement à un père sur son enfant simplement conçu, même sur des enfants impubères ou absents (Gaius, I, §§ 93 et 94).

A. Enfin, ai-je dit, si la puissance paternelle est organisée dans l'intérêt immédiat du père, cet intérêt n'est pas le but dernier de l'institution elle-même. Bien qu'appartenant au droit privé, elle est conçue dans une vue politique, vue toute conforme aux idées aristocratiques qui gouvernèrent longtemps Rome. La loi veut assurer la conservation des idées religieuses par l'unité de culte privé, la conservation des fortunes par l'unité de patrimoine, enfin la conservation des mœurs et des traditions nationales par la souveraineté d'une seule volonté. Voilà pourquoi de chaque famille elle fait une petite cité où règne le père. Ainsi divisée et répartie dans une multitude de centres secondaires, l'autorité devient plus vivante et plus réelle : dans l'affection réciproque du père et des enfants elle trouve tout ensemble et un fondement naturel qui lui concilie le respect, et un contre-poids salutaire qui en prévient les excès, de sorte qu'elle gagne en solidité ce qui lui manque en étendue. C'est grâce à cette organisation, puissante malgré son arbitraire, que Rome donna longtemps le spectacle de mœurs sévères, d'une discipline harmonieuse et forte, d'une politique à la fois souple et tenace, d'une ambition toujours nette dans ses vues et toujours ardente sans impatience. De là son développement si régulier dans sa spontanéité, et, à travers les plus grands obstacles, sa marche continue et sûre comme dans un chemin tracé à l'avance.

II. — DE LA CONDITION JURIDIQUE DES FILS DE FAMILLE.

76. Au premier aspect on serait porté à voir dans la puissance paternelle une simple reproduction de la puissance dominicale sous un autre nom et dans une autre hypothèse. Mais il ne faut pas que

(1) Ce deux idées trouveront des applications en matière d'adoption et de légitimation (nos 106, 116, 117).

l'incontestable analogie de ces deux puissances nous fasse conclure à l'identité de condition des personnes qui s'y trouvent soumises. L'esclave est une chose, le fils de famille reste un homme. Et il ressort du but assigné à la puissance paternelle qu'elle ne tend pas à abaisser l'enfant. Considérant en quelque façon la famille comme une personne unique, la loi concentre dans les mains du *paterfamilias* l'exercice des droits des enfants plutôt qu'elle ne dépouille ces derniers de leurs droits. La famille est une société où un seul agit et commande dans l'intérêt de tous. Ainsi le fils de famille n'a pas de culte distinct; mais il participe aux *sacra* du père, et ces *sacra* lui deviennent propres quand il hérite du père. Le fils de famille n'est pas à la tête d'un patrimoine; mais on le tient pour copropriétaire du patrimoine paternel; et, quand il succède à son père, il ne recueille pas un droit nouveau : il prend plutôt l'exercice d'un droit qui lui appartenait déjà. Cette idée, féconde en conséquences, n'est pas seulement celle de Justinien (Inst., § 2, *De hered. qualit.*, II, 19) et des jurisconsultes classiques (Gaius, II, § 157. — L. 11, *De lib. et post.*, XXVIII, 2). On la trouve appliquée dès la république, et probablement dès l'époque royale, s'il est vrai que le fils de famille fût classé d'après la fortune de son père (page 29, note 3).

Le pouvoir sur la personne est un peu plus difficile à expliquer. Car le fils de famille est à certains égards considéré comme un objet de propriété. Les textes nous prouvent qu'anciennement il pouvait être revendiqué (Gaius, I, § 134. — L. 1 § 2, *De rei vind.*, VI, 1), qu'à l'époque classique le père le mancipait encore valablement (Gaius, I, § 132), et que jusque dans la législation de Justinien il peut faire l'objet d'un *furtum* (Inst., § 9, *De oblig. quæ ex delict.*, IV, 1). Or revendication, mancipation et *furtum*, tout cela implique une chose soumise à un droit de propriété. Il faut convenir, cependant, que ce droit de propriété du père sur le fils n'exclut pas la personnalité de ce dernier : il ne dépend pas, il ne dépendit jamais du père de lui ôter ni la liberté ni le droit de cité (L. 10, C., *De patr. potest.*, VIII, 47). Dans le véritable esprit de la loi, le père est un magistrat et un justicier : il constitue un tribunal domestique, mais irresponsable, et que n'enchaîne aucune loi. Ce point de vue est indiqué en ces termes par Sénèque : *Quia utile est juventuti regi, imposuimus illi quasi domesticos magistratus, sub quorum custodia contineretur* (*De benef.*, III, 11). Il ne faut voir là ni une phrase à effet ni une comparaison forcée. S'il y a quelque chose de trop dans le passage de Sénèque,

c'est le mot *quasi*. Loin d'exagérer l'idée primitive des Romains, il l'atténue. Nous en trouvons la preuve dans plusieurs récits de Tite-Live. Lorsque le vainqueur des trois Curiaces, condamné à mort pour avoir tué sa sœur, fait appel au peuple, son père intervient et s'écrie que s'il avait jugé son fils coupable, il eût lui-même sévi *jure patrio* (Tit.-Liv., I, 26). Qu'est-ce à dire, sinon que le père de famille est un juge compétent pour connaître non-seulement des écarts de conduite que la loi ne saurait prévoir, mais aussi des crimes proprement dits? A une époque ultérieure, le consul Spurius Cassius propose une loi agraire, et aussitôt ses fonctions expirées, il est condamné à mort et exécuté (Tit.-Liv., II, 41). L'historien ne sait pas, il est vrai, si la condamnation fut le résultat d'un *judicium publicum* ou d'un *judicium domesticum;* il rapporte les deux traditions sans se prononcer. Mais cela suffit pour établir sans réplique la possibilité du *judicium domesticum*. Enfin lorsque le consul Manlius Torquatus condamne son fils à mort pour avoir combattu et vaincu contrairement à une défense formelle prononcée par lui-même et son collègue, quels sont ses motifs? Son fils, dit-il, a offensé tout ensemble l'autorité des consuls et la souveraineté paternelle (Tit.-Liv., VIII, 7). C'est donc le père aussi bien que le consul qui prononce la condamnation (1).

En résumé, dans l'intérieur de la famille le *paterfamilias* est prêtre, administrateur et juge. Mais la puissance paternelle ne supprime pas les droits du fils de famille; elle ne fait que les paralyser momentanément dans l'intérêt du père, et seulement dans la mesure nécessaire pour assurer l'unité de direction dans la maison. Il faut conclure de là que le fils de famille conserve l'exercice libre des droits qui ne peuvent pas compromettre les intérêts privés du père. Donc, à la différence de l'esclave, 1° il s'oblige valablement, non-seulement par ses délits, mais aussi par ses contrats (2). Seulement son obligation, en principe, ne réfléchit pas contre le père; 2° il peut très-régulièrement figurer dans une action en justice, sinon comme demandeur, du moins

(1) A ces exemples on peut ajouter celui d'un sénateur nommé Fulvius qui fit mourir son fils pour avoir trempé dans la conjuration de Catilina (Sallust., *Catil.*, 39). Quant à l'exemple le plus fameux de tous, celui de Brutus, je le laisse de côté; car d'après Tite-Live, Brutus fut seulement *exactor supplicii*, c'est-à-dire chargé, et cela comme consul, non comme père, de faire exécuter la condamnation et de présider à l'exécution (Tite-Live, II, 5).

(2) On verra plus tard (n° 505) que probablement les filles de famille furent, dans le principe, incapables de s'obliger par contrat; mais cette incapacité tenait à leur sexe et non pas à leur qualité de personnes *alieni juris*.

comme défendeur (L. 57, *De jud.*, V, 1); 3° le fils de famille, en ce qui concerne l'application du droit public, est assimilé à un *paterfamilias*. D'où Pomponius conclut (L. 9, *De his qui sui vel al.*, I, 6) qu'il peut être promu à une magistrature (1) ou appelé à une tutelle. Il en faut conclure aussi qu'il vote dans les comices et qu'il est apte au service militaire. En d'autres termes, la puissance paternelle ne s'étend pas au delà des rapports de droit privé, et le fils de famille, dans l'exercice de ses droits de citoyen, reste pleinement indépendant de son père.

III. — ATTÉNUATION PROGRESSIVE DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

77 *a*. Dans la législation de Justinien, on ne retrouve guère de la puissance paternelle que le nom. Il est facile de s'en convaincre en reprenant successivement les trois propositions dans lesquelles j'ai résumé cette puissance. D'abord il n'est plus question de *sacra privata*. Négligés dès l'époque de Gaius (II, § 55), ils durent disparaître absolument par le triomphe du christianisme (2). L'impossibilité pour les fils de famille d'être propriétaires a également disparu. Dans le droit antérieur à l'empire, ils pouvaient, comme l'esclave, obtenir du père la concession d'un pécule qu'ils administraient, mais que le père leur enlevait à sa volonté. Dans le dernier état du droit, les acquisitions qu'ils réalisent leur appartiennent à eux-mêmes, en principe, d'une manière plus ou moins pleine; et c'est seulement par exception qu'ils acquièrent pour leur père (n°s 297 et 298).

Quant au pouvoir sur la personne, quelques détails sont nécessaires. Ce pouvoir comprenait notamment le droit de maltraiter et de tuer l'enfant, et le droit de le manciper. Le droit de le maltraiter et de le tuer disparut, comme le prouvent les décisions qui suivent : 1° depuis

(1) Quand le fils de famille était investi d'une magistrature, un conflit pouvait s'élever à raison de l'autorité qui lui appartenait à ce titre, et de celle que la *patria potestas* conférait au père. La règle est que dans l'intérieur de la famille le fils reste soumis au père, mais que dans l'exercice de ses fonctions il redevient indépendant et commande même à son père. Cicéron rapporte que, le tribun Flaminius proposant un jour une loi agraire, son père irrité l'arracha de la tribune et fût, à raison de cette violence illégale, poursuivi comme *reus majestatis* (*De invent.*, II, 17). Deux autres anecdotes citées par Aulu-Gelle (II, 2) confirment très-nettement la distinction à faire entre le fils de famille dans la vie privée et le fils de famille dans la vie publique. Mais un passage de Denys d'Halicarnasse (II, 26) permet de croire qu'elle n'avait pas été faite dès l'origine.

(2) Toutefois un vestige du vieux droit est resté dans la langue du Bas-Empire. Les empereurs chrétiens disent encore d'un enfant *in potestate* qu'il est *in sacris patris* ou *in sacris positus* (L. unic. § 3, C., *Comm. de manum.*, VII, 15. — L. 10 §§ 1 et 4, C., *De adopt.*, VIII, 48. — L. 11, C., *De donat.*, VIII, 54).

Trajan, le père qui maltraite son fils est forcé de l'émanciper, et il perd tout droit à lui succéder (L. 5, *Si a parente quis manum.*, XXXVII, 12) (1); 2° un père de famille avait tué son fils à la chasse, parce que celui-ci s'était rendu coupable d'adultère avec sa belle-mère (*noverca*, seconde femme du père). Malgré ces circonstances très-défavorables au fils, Adrien condamna le père à la déportation (L. 5, *De leg. Pomp. de parric.*, XLVIII, 9). Cette décision supprimait les pouvoirs du père comme juge domestique; 3° le père meurtrier de son fils doit, aux termes d'une constitution de Constantin, subir la peine du parricide (L. unic., C., *De his qui parent. vel lib. occid.*, IX, 17); 4° par une autre décision du même prince, l'enfant exposé passe de la puissance de son père sous la puissance de la personne qui l'a élevé et recueilli (L. I, C. Th., *De inf. expos.*, V, 7) (2). Justinien, plus radical, le déclare *sui juris* (L. 3, C., *De inf. exp.*, VIII, 52); 5° enfin, depuis Théodose et Valentinien, le père qui contraint sa fille à la prostitution est forcé de l'émanciper (L. 6., C., *De spect. et scen.*, XI, 40). Ainsi s'en va le *jus vitæ necisque.*

A l'égard du droit de manciper l'enfant, il importe d'abord de bien comprendre que, la mancipation n'étant qu'une vente imaginaire et n'impliquant pas la convention d'un prix, l'exercice de ce droit peut être indépendant de toute vue de lucre et de spéculation. Les textes de l'âge classique ne nous montrent cette mancipation fréquemment usitée que dans deux cas, savoir : 1° lorsque le père voulait émanciper son enfant ou le donner en adoption. Ici la mancipation n'était qu'une forme nécessaire à la validité de l'acte, elle ne préjudiciait pas à l'enfant; 2° lorsque, l'enfant ayant commis un délit, le père l'abandonnait à la personne lésée pour échapper à l'obligation de payer la peine (*deditio noxalis* ou *ex noxali causa*) (Gaius, I, § 141). En dehors de ces deux cas, la mancipation de l'enfant ne se présentait dans la pratique que comme conséquence de la misère des parents, et alors elle se faisait moyennant un prix, mais, comme toujours, sans nuire à l'ingénuité de l'enfant (Paul, V, 1 § 1). En cette hypothèse, une vente réelle se joignait à la mancipation. Mais cette vente, que déjà l'em-

(1) Deux jurisconsultes éminents, Ariston et Nératius, furent consultés dans l'espèce. Et Trajan ne fit que consacrer leur décision en excluant le père de la succession du fils.

(2) Le droit classique interdisait déjà l'exposition des enfants et l'assimilait au meurtre L. 4, *De agn. et al. lib.*, XXV, 3). Dans la législation de Constantin, cette assimilation eût pu paraître trop sévère.

pereur Caracalla déclarait illicite et improbe (L. 1, C., *De lib. caus.*, VII, 16), fut prohibée d'une manière générale par Dioclétien (L. 1, C., *De patr. qui fil. distr.*, IV, 43), et cette prohibition fut renouvelée par Constantin, mais avec une restriction inspirée sans doute par le désir d'éviter des infanticides : ce prince, en effet, autorisa la vente de l'enfant au moment même de sa naissance (*adhuc sanguinolentus*). Mais le père put toujours se le faire restituer à la condition ou de rembourser le prix reçu ou de fournir à l'acquéreur un esclave d'une valeur suffisante pour l'indemniser. (L. 1, C. Th., *De his qui sangu.*, V, 8. — *fr. Vat.*, § 34) (1).

Que si l'on veut avoir le dernier état du droit sur la matière, il se résume ainsi : 1° la mancipation ayant complétement disparu, le père, cela est évident, ne mancipera jamais plus son enfant, ni en vue d'une aliénation sérieuse, ni pour le rendre *sui juris* ou le donner en adoption. Voilà pour la forme; 2° quant au fond, Justinien supprime absolument l'abandon noxal du fils de famille (Inst., § 7, *De nox. act.*, IV, 8). Mais il permet encore la vente des nouveau-nés, cela toutefois sous les conditions déterminées par Constantin, et en exigeant de plus qu'elle ait pour excuse l'extrême misère des parents (L. 2, C., *De patr. qui fil. distr.*, IV, 43).

IV. — INDICATION DES SOURCES DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

78. On entend par là les faits qui engendrent cette puissance. Or ces faits sont au nombre de trois, savoir : 1° les *justæ nuptiæ;* 2° l'adoption; 3° la légitimation. Par les *justæ nuptiæ* et par la légitimation nous n'acquérons la puissance que sur des enfants qui descendent réellement de nous. Par l'adoption nous l'acquérons le plus ordinairement sur des personnes qui nous sont étrangères. Les *justæ nuptiæ* soumettent l'enfant à cette puissance au moment même où il vient au monde. La légitimation le suppose né *sui juris*. L'adoption s'applique soit à des personnes *sui juris*, soit à des personnes jusque-là placées sous la puissance d'un autre.

(1) Si l'on demande comment il se fait que la puissance paternelle, de même que la puissance dominicale, ait subsisté tant de siècles sans recevoir le moindre adoucissement, ma réponse sera bien simple. Les réformes parurent inutiles, tant que les pères et les maîtres usèrent de leur pouvoir selon l'esprit de la loi, c'est-à-dire avec douceur. Mais les abus produisirent ici leur effet ordinaire. Ils nécessitèrent de nouvelles et nombreuses lois. C'est en ce sens qu'il est vrai de dire avec Tacite : *corruptissima republica plurimæ leges* (*Ann.*, III, 27).

DES *justæ nuptiæ*.

SOMMAIRE : I. Définition des *justæ nuptiæ*. Comment on les contracte et comment elles se prouvent. — II. Des conditions requises pour leur validité. — III. De leurs effets immédiats. — IV. Des effets de la filiation *ex justis nuptiis*; spécialement de l'agnation et de la gentilité. — V. De la dissolution des *justæ nuptiæ*. — VI. Des diverses unions régulières autres que les *justæ nuptiæ*. Des effets attachés à la filiation *non justa*.

I. — DÉFINITION DES *justæ nuptiæ*. COMMENT ON LES CONTRACTE ET COMMENT ELLES SE PROUVENT.

Lib. I, tit. IX, *De patria potestate*, § 1. — Nuptiæ autem sive matrimonium (1) est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.

Les noces ou mariage sont l'union de l'homme et de la femme impliquant identité de condition.

79. Deux idées entrent dans cette définition : 1° les *justæ nuptiæ* consistent dans l'union de deux personnes de sexe différent.

2° Cette union elle-même implique association entière et en quelque sorte fusion des deux existences. Telle est la vraie signification de l'expression des Institutes *individua vitæ consuetudo* (2). La même idée se retrouve plus explicite encore et plus nette dans deux textes qui appartiennent aux derniers temps de l'âge classique. Modestin (L. 1, *De rit. nupt.*, XXIII, 2) définit le mariage *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio :* et l'empereur Gordien (L. 2, C., *De crim. exp. her.*, IX, 32), envisageant la femme dans ses rapports avec le mari, la qualifie *socia rei humanæ atque divinæ domus*. Toutes ces formules nous disent clairement que les époux sont associés et égaux entre eux. Mais cette société assurément ne porte pas sur les

(1) On a prétendu que *matrimonium* seul signifie mariage, et que *nuptiæ* désignerait les formes et les solennités qui, quoique non prescrites par la loi, intervenaient dans l'usage pour fêter et rendre publique l'union des deux époux. On a cité en ce sens la loi 22, *De nuptiis*, au Code (V, 4). Mais notre texte prouve la synonymie des deux mots. Elle ressort aussi des rubriques *De nuptiis* (Inst., I, 10. — C., V, 4), et *De ritu nuptiarum* (D., XXIII, 2), sous lesquelles on traite du mariage lui-même, et non pas des pompes extérieures qui l'accompagnent.

(2) On en a donné une autre explication consistant à dire que les époux se marient avec la pensée de rester unis à perpétuité. Mais si tel était le sens du texte, il serait dénué de conséquences pratiques et ne séparerait pas le mariage du concubinat. L'explication que j'adopte a, au contraire, le mérite de faire très-nettement cette séparation, puisque la concubine ne prend pas le rang du mari (n° 100).

biens, et cette égalité n'existe pas au point de vue politique : le mariage, en effet, à moins d'être accompagné de la *manus*, laisse subsister la distinction des deux patrimoines (1), et jamais il ne confère à la femme ni les droits politiques ni aucun de ceux que les Romains appellent *officia virilia*. En quoi donc les époux sont-ils vraiment associés et égaux? Si d'abord nous nous plaçons dans la société, dans ce que nous appelons le monde, ils y tiennent l'un et l'autre le même rang (*dignitas*), ils y ont les mêmes titres. Mais tout naturellement, c'est la femme qui prend le rang et les titres du mari, de sorte que selon la remarque de Paul (*Fr. vat.*, § 104), elle s'élève ou s'abaisse socialement par le mariage (2). Le mari est-il *consularis :* elle-même devient *consularis*. Est-il *clarissimus :* elle devient *clarissima* (3). Et ces qualités lui restent même après la dissolution du mariage ; elle ne les perdrait que par une union subséquente avec un homme de condition inférieure (L. 1 § 2 ; L. 8 ; L. 12 pr., *De senat.*, I, 9). Pareillement, la femme prend de plein droit le domicile légal de son mari, et elle le conserve, devenue veuve, jusqu'à ce qu'elle en acquière un autre par un second mariage ou autrement (L. 19 pr., *De jurisd.*, II, 4. — L. 22 § 1 ; L. 32, *Ad munic.*, L, 1). Considérons maintenant les époux dans l'intérieur de la maison, la femme y participe en fait au culte privé (*sacra privata*) de son mari. C'est en quoi elle est *socia divinæ domus*, et en quoi il y a *communicatio divini juris* (4). Seu-

(1) Les textes que j'ai cités disent *consuetudo vitæ, consortium vitæ*. Ailleurs on trouve *societas vitæ* (L. 1, *Rer. amot.*, XXV, 2. — L. 52, *De re jud.*, XLII, 1). Mais nulle part il n'est question d'une véritable communauté de biens résultant du mariage lui-même.

(2) Par une remarquable exception à ce principe, le mariage contracté entre deux personnes dont l'une est ingénue et l'autre affranchie, ou encore dont l'une est patricienne et l'autre plébéienne, laisse à chacune sa condition antérieure : la femme ici ne s'élève ni ne s'abaisse. Et par là s'expliquent les dispositions qui jusqu'à Auguste prohibèrent le mariage entre ingénus et affranchis, et plus anciennement entre patriciens et plébéiens (n° 91). Une ineffaçable différence de condition rendait impossible l'*individua vitæ consuetudo* et par conséquent faisait obstacle au mariage.

(3) Parfois ces titres lui procurent quelque chose de plus qu'une satisfaction d'amour-propre (L. 11 § 1, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 5, *De cur. fur.*, XXVII, 10).

(4) On a dit que la participation de la femme au culte du mari suppose absolument la *manus*. Mais il y a contre cette opinion deux raisons décisives. C'est d'abord que la *manus* ne paraissant pas avoir jamais été inséparable du mariage, les textes de Modestin et de Gordien exprimeraient une idée qui ne fut exacte à aucune époque du droit Romain. Ils confondraient les effets de la *manus* et du mariage. C'est, en second lieu, qu'à l'époque où ces textes ont été écrits, la *manus* était devenue extrêmement rare, ce qui rendrait une telle confusion beaucoup plus étonnante encore.

lement ce culte ne devient pas sien, elle ne fait que l'emprunter, et en conséquence, une fois veuve, elle ne le conserve pas. De même, quoique la puissance paternelle ne lui appartienne jamais, et qu'elle-même bien souvent soit soumise à celle du mari, elle exerce la même autorité que lui sur les enfants; les textes ne manquent pas pour établir qu'ils lui obéissent avec autant de respect qu'au père, et que c'est à elle surtout qu'est confiée la direction de leur première éducation (Hor., *Od.*, III, 39. — Tac., *De orat.*, 28). D'une manière plus générale enfin, la femme dans l'intérieur de la maison est l'égale du mari (1). Cornélius Népos, en la préface de ses biographies, va jusqu'à dire qu'elle y tient le premier rang, sans doute par les égards et la considération dont elle y est entourée (2). Telle est à Rome l'association conjugale lorsque la femme ne tombe pas sous la *manus mariti;* mais que la *manus*, comme ce fut l'habitude primitive, accompagne le mariage, et alors la société des époux nous apparaît encore bien plus forte, bien plus complète : le culte privé du mari devient vraiment en droit celui de la femme, elle entre dans sa famille, et il y a entre eux une communauté universelle dont il est le chef. C'est en se plaçant dans cette hypothèse et en tenant compte de ces résultats que Denys d'Halicarnasse (II, 25) dit de la femme qu'elle est maîtresse de la maison au même degré que son mari (κυριά τοῦ οἴκου τὸν αὐτον τρόπον ὑπερ καὶ ο ἀνήρ). (Voir aussi Columelle, *De re rust.*, *præf.*, 7 et 8).

De cette conception élevée du mariage il résulta que les Romains ne connurent jamais la polygamie. L'histoire et l'expérience se réunissent, en effet, pour démontrer que partout où l'homme a plusieurs femmes, elles ne sont ni ses compagnes ni ses égales, mais ses sujettes. Le mariage est la seule société qui perde ce caractère, dès qu'elle comprend plus de deux personnes.

80. Étant donné deux personnes qui remplissent toutes les condi-

(1) Il serait facile de multiplier les témoignages de cette égalité. Tite-Live XXXIX, 9) dit d'un jeune homme : *sub tutela matris et vitrici educatus fuerat.* Cependant le mari seul pouvait avoir la tutelle de son beau-fils, mais en fait sa femme l'exerçait avec lui. De même, d'après quelques jurisconsultes, la *societas vitæ*, sans confondre les biens des deux époux, aurait donné à la femme le droit de se comporter jusqu'à un certain point comme copropriétaire des biens du mari (*quodammodo domina*), d'où ils concluaient, ce qui du reste n'a point été admis, qu'en lui dérobant quelque chose elle ne commettait pas de *furtum* (L. 1, *Rer. amot.*, XXV, 2).

(2) Cette préface contient une comparaison fort intéressante de la femme romaine et de la femme grecque.

tions exigées pour rendre les *justæ nuptiæ* possibles, il faut se demander comment elles réaliseront le mariage. D'abord, et sans nul doute, le consentement réciproque des parties est nécessaire (1). D'où il suit : 1° qu'un fou ne se marie pas valablement en dehors de ses intervalles lucides (L. 16 § 2, *De rit. nupt.*, XXIII, 2); 2° qu'un père de famille, quelle que soit son autorité, ne peut, tel est du moins le droit classique (2), imposer à son fils ou à sa fille un mariage qui leur déplaît (L. 12, C., *De nupt.*, V, 4) (3); 3° qu'un patron ne peut pas non plus, sous le prétexte de la *reverentia* que lui doit son affranchi, le contraindre à un mariage (voir pourtant n° 59).

Le consentement des parties n'a pas besoin d'être soutenu par une cohabitation effective; c'est un point certain en présence des textes nombreux où il est exprimé que le mariage résulte du *consensus* et non pas du *concubitus* (L. 32 § 13, *De donat. int. vir.*, XXIV, 1. — L. 15, *De cond. et dem.*, XXXV, 1. — L. 30, *De reg. jur.*, L, 17). Mais de ces textes est née une question fort agitée entre les interprètes, et sur

(1) Les parties restent libres de ne pas consentir au mariage, encore qu'elles soient liées par l'engagement connu sous le nom de fiançailles (*sponsalia* ou *sponsalitia*). Jusqu'à la loi *Julia*, qui étendit le droit de cité à tous les Latins, les fiançailles se contractaient par stipulation. Il y avait une promesse (*sponsio*) faite par chacun des deux futurs ou par leur père. En cas d'inexécution par l'un des promettants, son obligation se résolvait en des dommages-intérêts dont le chiffre était déterminé par le juge (L. 2, *De spons.*, XXIII, 1. — Plaut., *Trin.*, V, 2, v. 32 et s. — Aul.-Gell., IV, 4). Plus tard, on se contenta d'un simple consentement; les fiançailles devinrent ainsi possibles entre absents (L. 5, *De spons.*); mais elles cessèrent d'être par elles-mêmes obligatoires. Aussi à l'époque classique on y joignait volontiers une *stipulatio pœnæ* (L. 134, *De verb. obl.*, XLV, 1). Sous les empereurs chrétiens nous les voyons accompagnées d'arrhes, de donations ou de présents, réciproques ou non. Le mariage venant à manquer par la faute de l'un des futurs, cela entraînait pour lui perte des arrhes qu'il avait données ou obligation de restituer le double de celles qu'il avait reçues. Il perdait en outre les donations à lui faites et ne reprenait pas celles qu'il avait pu faire. Telles sont les décisions en vigueur dans le dernier état du droit (L. 5, C., *De spons.*, V, 1. — L. 15, C., *De donat. ant. nupt.*, V, 3). — Au surplus, la validité des fiançailles exige, en principe, la réunion des conditions requises pour le mariage (L. 7 § 1; LL. 15 et 16, *De spons.*). Cependant il suffit que les fiancés (*sponsus* et *sponsa*) soient âgés de sept ans (L. 14, *De spons.*); de plus, les filles de famille peuvent être fiancées malgré elles par leur père (LL. 11 et 12, *De spons.*). Il ne faudrait donc pas appliquer sans choix aux fiançailles toutes les règles du mariage. (Voir encore L. 38 pr., *De rit. nupt.*, XXIII, 2).

(2) Mais à l'origine le père, très-probablement, pouvait contraindre ses enfants au mariage (*Fr. Vat.*, § 320). En ce sens le texte de l'édit relatif à l'infamie paraît bien concluant (L. 4, *De his qui not.*, III, 2. — n° 97).

(3) Et néanmoins le mariage contracté sous la pression de l'autorité paternelle est valable, car le fils pouvait légalement résister à cette autorité (L. 22, *De rit. nupt.*).

laquelle pourtant il n'est pas prouvé que les juriconsultes romains fussent partagés. Il s'agit de savoir si le consentement des parties suffit à la formation du mariage, si c'est là le seul élément constitutif de cette union. Dans l'opinion que je crois vraie, il faut de plus que la cohabitation physique soit actuellement possible, ou, si elle ne l'est pas, que la femme soit mise à la disposition du mari (1). C'est ce que démontrent les décisions suivantes : 1° Paul nous apprend (II, 19 § 8) qu'un homme absent peut se marier, qu'une femme absente ne le peut pas. Or voici le sens de cette distinction, tel que Pomponius le développe (L. 5, *De rit. nupt.*, XXIII, 2). L'homme se marie valablement, quoique éloigné du lieu de son domicile, pourvu que la femme y soit présente. En effet, une lettre ou un *nuntius* transmettront son consentement, et la femme sera conduite dans sa maison (*deductio in domum mariti*). De cette façon, elle se trouvera à la disposition du mari qui peut, quand il lui plaît, revenir chez lui. Tout au contraire, l'absence de la femme rend le mariage impossible, malgré la présence du mari. Vainement le consentement réciproque serait manifesté, vainement le mari serait conduit à la maison de la femme. Là n'est pas le domicile du mariage. Et l'on ne pourrait pas dire qu'il eût sa femme à sa disposition, ne pouvant la forcer à rentrer chez elle (2); 2° si l'on suppose deux époux faits prisonniers ensemble, puis l'un et l'autre revenant à Rome, leur mariage sera réputé n'avoir jamais cessé d'exister, et par suite l'enfant qu'ils auront eu *in captivitate* sera *justus* et *in potestate patris* (L. 25, *De capt.*, XLIX, 51) (3). Si au contraire l'un seulement des époux, le mari, par exemple, a été captif, c'est vainement que la

(1) Cette opinion a quelquefois été présentée sous une autre forme. On a dit que le mariage est un contrat réel, qui suppose, outre le consentement réciproque, la tradition de la femme au mari. Mais cette manière de concevoir les choses est inexacte à plusieurs points de vue. Car 1° nul texte ne range le mariage parmi les contrats réels; 2° nul texte ne parle de cette tradition; 3° elle est même inconcevable, puisque la tradition consiste dans la remise de la possession, et que la femme n'est pas un objet de possession (Gaius, II, § 90).

(2) Pour éluder l'argument tiré du texte de Pomponius, on a dit que la *deductio mulieris in domum mariti* n'a pas ici la valeur d'une formalité essentielle, exigée par la loi; ce ne serait qu'une de ces solennités de luxe que les mœurs romaines multipliaient à l'occasion du mariage. Mais, si telle était la pensée de Pomponius, pourquoi donc dirait-il avec tant de netteté que le mariage de l'homme absent vaut *si mulier in domum ejus deduceretur?* Est-ce ainsi qu'on parle d'un simple accessoire de fantaisie?

(3) On s'explique par cette décision comment il peut arriver que le mari soit fondé à poursuivre sa femme pour adultère commis chez les ennemis (L. 13 § 7, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5).

femme serait restée dans la maison conjugale, vainement que l'intention réciproque de maintenir le mariage aurait subsisté sans interruption. Il ne reprendrait pas son existence par le retour du captif (L. 12 § 4; L. 14 § 1, *De capt.*) (1). Quand on cherche à expliquer cette différence entre les deux hypothèses, il est difficile d'en trouver une autre raison que celle-ci : dans le premier cas, l'union physique est demeurée possible, le *postliminium* opère donc sans qu'il soit nécessaire de réputer non avenu un fait accompli; dans le second cas, au contraire, la séparation matérielle des époux constitue un fait ineffaçable qui s'oppose invinciblement à l'application du *postliminium* (2). Or si la possibilité d'une cohabitation physique est nécessaire au maintien du mariage, comment croire qu'elle ne le soit pas pour sa formation?

En résumé, entre personnes présentes le mariage se forme, si l'on veut, par le seul consentement. Mais entre absents il implique la *deductio* de la femme dans la maison du mari. Ce qui revient bien à dire qu'en principe il n'y a pas de mariage possible là où la femme n'est pas à la disposition physique du mari. Cette doctrine rencontre-t-elle une contradiction dans les textes où il est dit que le mariage résulte du consentement, non de la cohabitation? Aucunement. Ces textes ne peuvent signifier que deux choses : 1° la cohabitation physique n'implique pas mariage, et c'est pourquoi l'on dit du concubinat qu'il se distingue des *nuptiæ* par l'intention seulement (Paul., II, 20) (3); 2° en sens inverse, le mariage n'implique pas coha-

(1) D'après la loi 8, *De captivis*, la femme qui dans cette hypothèse refuserait sans un motif plausible de renouer les relations conjugales, serait tenue des peines attachées à un divorce arrivé par sa faute. Cette décision, mise sous le nom de Paul, est assez illogique pour devoir être attribuée à Justinien.

(2) On a prétendu qu'en cas de captivité du mari seul, la rupture du mariage ne tient pas à ce que la cohabitation physique est impossible, mais à ce qu'en réalité le mari est *servus* et que le *contubernium* serait interdit entre un *servus* et une femme libre. Mais il y a là une erreur certaine. Le *contubernium* est admis entre deux personnes dont l'une est libre et l'autre esclave (Paul, II, 19 § 6). Le sénatusconsulte Claudien prouve qu'entre une femme libre et l'esclave d'autrui, il reste permis si le maître ne s'y oppose pas. Il ne fut prohibé, et cela assez tard, par Constantin (L. unic., C., *De mulier. quæ se*, IX, 11), qu'entre la femme libre et son propre esclave.

(3) On a tiré de cette observation un argument en faveur de l'opinion qui n'admet pas que le mariage se forme *solo consensu*. On a dit : puisque l'intention seule distingue le concubinat du mariage et que le concubinat suppose le *coitus*, il est évident que le mariage exige quelque chose de plus que le consentement. Cet argument me paraît inacceptable, comme reposant sur l'hypothèse non démontrée

bitation effective, d'où il suit qu'une femme peut, selon la remarque de Paul (L. 7, *De rit. nupt.*), être veuve et néanmoins vierge (1).

81. Le mariage romain n'exige, on le voit, ni solennités de formes ni intervention d'une autorité quelconque, soit civile, soit religieuse (2). La loi ne songe même pas à organiser un mode régulier de le constater. Dès lors, deux personnes vivant maritalement ensemble, ce pourra être une question fort délicate que de savoir si leur union constitue un mariage ou un concubinat. En fait, sans doute les preuves du mariage manqueront rarement. Car fort souvent les époux auront rédigé un écrit (*tabulæ*, *instrumentum dotale* ou *nuptiale*) à l'effet de constater soit la dot de la femme, soit les autres conventions matrimoniales. Plus ordinairement encore, le mariage aura été entouré de pompes extérieures et de solennités (*nuptiarum festivitas*) que la loi ne prescrit pas, mais que les mœurs imposent. Il aura été l'objet d'une véritable

qu'il n'y a pas concubinat sans *coitus*. — Tout ce que l'on peut conclure du texte de Paul, c'est que le concubinat exige les mêmes conditions que le mariage, savoir le consentement seul, dans les cas où le mariage lui-même ne demanderait rien de plus, et la mise de la femme à la disposition du mari, si cette seconde condition devait être nécessaire pour le mariage.

(1) Pour prouver que le mariage se forme *solo consensu*, on ne s'appuie pas seulement sur les textes dont je donne ici le sens. On allègue : 1° la loi 33, *De rit. nupt.* — Marcellus, supposant que deux époux ont divorcé, puis au bout d'un temps assez court se sont réconciliés, décide que le premier mariage sera réputé n'avoir pas cessé. Donc, dit-on, le mariage ne suppose pas du tout que la femme soit à la disposition du mari. Mais on conclurait tout aussi bien de là que le mariage ne suppose pas le consentement; car, à coup sûr, le consentement a manqué pendant le temps intermédiaire. A mon gré, ce texte n'a pas la portée qu'on lui attribue. Il faut remarquer qu'il est tiré d'un commentaire sur les lois *Julia* et *Papia Poppæa*. Très-probablement donc, il signifie qu'en ce qui touche à l'application de ces lois, peut-être aussi en ce qui concerne la dot et les donations faites par l'un des conjoints à l'autre, le mariage sera réputé n'avoir jamais été dissous. Mais assurément Marcellus n'eût pas admis que la femme pût être poursuivie pour adultère commis entre le divorce et la réconciliation. Ce n'est donc pas d'une manière absolue que le mariage a subsisté; 2° la loi 66 pr., *De donat. int. vir.* (XXIV, 1). — Ce qui infirme considérablement la portée de ce texte, c'est que son § 1er a fourni un argument aux partisans de mon opinion. A mes yeux, cette loi ne prouve donc rien, ni dans un sens ni dans l'autre; car elle suppose les époux présents, et en ce cas on peut dire que le consentement suffit à la formation du mariage. Tout ce qui en résulte nettement, c'est qu'en cas de présence des parties, le mariage commence au moment où elles le veulent : si l'on rédige un *instrumentum nuptiale*, s'il y a une *deductio in domum*, il est possible que l'accomplissement de ces faits marque le moment précis où le mariage doit commencer; il est possible aussi qu'on le fasse commencer soit avant, soit après; c'est là une pure question d'intention.

(2) De fort bonne heure, l'usage s'introduisit parmi les chrétiens de faire bénir leur union par un prêtre (Tertull., *Ad uxor.*, lib. II, cap. 8). Mais sous Justinien encore, cet usage n'était que facultatif. L'empereur Léon le Philosophe le convertit

célébration (1). Les époux ou les tiers intéressés trouveront donc, soit dans cet acte écrit, soit dans le témoignage des personnes qui ont assisté à ces solennités, une preuve très-suffisante du mariage. Que si ces éléments de preuve font défaut, les empereurs Théodose et Valentinien décident (L. 22, C., *De nupt.*, V, 4) qu'entre personnes de même condition, et l'une et l'autre honorables (*inter pares honestate personas*), la vie commune emportera présomption de mariage ; et en cela probablement ils ne font que consacrer ou préciser mieux une idée déjà admise par les jurisconsultes classiques (L. 24, *De rit. nupt.*; — L. 31 pr., *De donat.*, XXXIX, 5). Rien de plus rationnel du reste que de ne pas étendre la présomption de mariage au cas de cohabitation de deux personnes de condition inégale : car ce serait supposer, contre toutes les vraisemblances, ou que l'homme a entendu élever jusqu'à lui une femme de rang inférieur, ou que la femme a consenti à descendre. Toutefois une constitution qui appartient ou à Justinien ou à son prédécesseur Justin (2), supprima cette distinction et admit que la cohabitation ferait toujours présumer légalement le mariage, pourvu que les deux personnes fussent l'une et l'autre libres et ingénues (L. 23 § 7, C., *De nupt.*, V, 4). Plus tard Justinien exigea absolument, pour les sénateurs et les personnes ayant le rang d'*illustres*, ou un rang supérieur, la rédaction d'un acte écrit, et cet acte dut contenir une constitution de dot et une donation *ante nuptias* (nov. 74, cap. 4) (3).

plus tard en loi (nov. 89); mais cette décision ne peut pas être considérée comme appartenant au droit romain. — Le mariage se contractant sans intervention d'aucun officier public, il est évident que les Romains ne purent connaître ni les oppositions au mariage ni les simples empêchements prohibitifs. Sur ce dernier point un texte de Paul (II, 19, § 2) paraît me contredire. Je l'expliquerai plus loin (page 221, note 3).

(1) Ces solennités, parmi lesquelles je compte la *deductio in domum*, dans les cas où elle n'est-pas obligatoire, sont décrites par les auteurs classiques, notamment par Lucain (II, v. 353 et s.); joindre Fes us (vis *Patrimi* et *matrimi*).

(2) Les manuscrits du Code ne s'accordent pas sur le nom de l'auteur de cette constitution.

(3) Cette novelle ne maintenait le droit antérieur que pour les simples soldats, les agriculteurs, et la masse du peuple que Justinien appelle dédaigneusement *abjecta turba*. Quant aux personnes qui, sans être *illustres*, avaient un grade militaire ou exerçaient une profession élevée (*professio dignior*), la novelle n'exigeait ni dot, ni donation *ante nuptias;* mais elle voulait un écrit rédigé par le *defensor civitatis* en présence de trois *clerici* au moins. La distinction entre les personnes d'une profession élevée et la *turba abjecta* n'était pas d'une application facile. C'est pourquoi sans doute par une novelle postérieure (nov. 117, *cap.*, 4), Justinien abrogea les dispositions de la novelle 74, excepté en ce qui concernait les sénateurs et les *illustres*.

II. — DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DES *justæ nuptiæ*

Lib. I, tit. x, *De nuptiis*, pr. — Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viripotentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias : dum tamen si filiifamilias sint, consensum habeant parentium quorum in potestate sunt; nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut jussum (1) parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est an furiosi filia nubere aut furiosi filius uxorem ducere possit? Quumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est, ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque posse, et sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

Or les justes noces sont contractées par les citoyens romains s'unissant conformément aux lois, les hommes après l'âge de puberté, les femmes quand elles ont l'aptitude à concevoir, et cela sans distinguer entre les pères de famille et les fils de famille, pourvu toutefois, s'il s'agit de fils de famille, qu'ils aient le consentement des ascendants sous la puissance desquels ils se trouvent; car c'est là une exigence tellement conforme au droit civil et à la raison naturelle que le consentement du père doit être donné d'avance. D'où l'on s'est demandé si la fille ou le fils d'un fou furieux peuvent se marier. Et comme il y avait des divergences au sujet du fils, nous avons rendu une décision par laquelle il lui est permis, à l'exemple de la fille du furieux, de se marier sans l'intervention du père, en se conformant aux règles tracées dans notre constitution.

§ 1. — Ergo non omnes nobis uxores ducere licet; nam quarumdam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas quæ parentium liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt, veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque ad infinitum; et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas

Donc il ne nous est pas permis d'épouser une femme quelconque; car il y en a dont le mariage nous est interdit. En effet, le mariage est impossible entre ascendants et descendants, par exemple entre un père et sa fille, un aïeul et sa petite-fille, une mère et son fils, une aïeule et son petit-fils, et ainsi de suite à l'infini; et si de telles personnes viennent à s'unir, on dit

(1) Ce mot ne désigne pas ici un ordre véritable, puisque nul ne se marie malgré soi.

nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo ita sunt ut, quamvis per adoptionem parentium liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi, in tantum ut, etiam dissoluta adoptione, idem juris maneat. Itaque eam quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris (Gaius, I, §§ 58 et 59).

qu'elles ont contracté un mariage coupable et incestueux. Et cette règle est tellement absolue que les personnes même qui doivent à l'adoption seule leurs relations d'ascendants et de descendants ne peuvent se marier ensemble, elles ne le peuvent pas même après la dissolution de l'adoption. C'est pourquoi, si une femme est devenue votre fille ou votre petite-fille par l'adoption, vous aurez beau l'avoir émancipée, vous ne pourrez pas l'épouser.

§ 2. — Inter eas quoque personas quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter patrem sororemque nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem fratre eademque matre nati uerint, sive ex alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt : quum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere : sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum ante filiam emancipare, et, si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium emancipare (Gaius, I, §§ 60 et 61).

Entre les personnes unies par la parenté collatérale, il y a aussi une règle semblable, mais moins absolue. Sans doute, en effet, le mariage est défendu entre un frère et une sœur, soit qu'ils aient même père et même mère, ou qu'ils n'aient qu'un seul auteur commun. Mais si c'est par l'adoption qu'une femme est devenue votre sœur, aussi longtemps que l'adoption dure, le mariage sans doute ne peut pas se former entre elle et vous. Seulement, si par son émancipation l'adoption vient à être dissoute, vous pourrez l'épouser ; et de même, si c'est vous qui êtes émancipé, rien ne s'oppose plus au mariage. Aussi est-il certain que celui qui veut adopter son gendre doit commencer par émanciper sa fille, et que celui qui veut adopter sa bru doit d'abord émanciper son fils.

§ 3. — Fratris vero vel sororis filiam uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris vel sororis quis uxorem ducere potest, quamvis quarto gradu sint ; cujus enim filiam uxorem ducere non licet, ejus neque

On ne peut pas épouser la fille de son frère ou de sa sœur, et il en est de même de leur petite-fille, bien qu'on soit par rapport à elle au quatrième degré. En effet, là où le mariage nous est interdit avec la

neptem permittitur. Ejus vero mulieris quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur (Gaius, I, § 62).

fille, il ne nous est pas permis avec la petite-fille. Quant à la fille issue d'une femme que votre père a adoptée, rien ne vous empêche de l'épouser, car vous ne lui êtes uni par aucun lien, soit naturel, soit civil.

§ 4. — Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, jungi possunt.

Quant aux enfants de deux frères ou de deux sœurs, ou d'un frère et d'une sœur, ils peuvent se marier.

§ 5. — Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet; item nec materteram, quia parentium loco habentur. Qua ratione verum est magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere (Gaius, I, § 62).

Pareillement, on ne peut épouser ni une tante paternelle, même adoptive, ni une tante maternelle, parce qu'on les compare à des ascendants. C'est pourquoi il n'est pas non plus permis d'épouser une grand'tante paternelle ou maternelle.

§ 6. — Affinitatis quoque veneratione quarumdam nuptiis abstinendum est, ut ecce : privignam aut nurum uxorem ducere non licet; quia utræque filiæ loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna tua : nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest; item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet (Gaius, I, § 63).

Par respect pour l'alliance, il y a encore certains mariages dont il faut s'abstenir. Ainsi vous ne pouvez épouser ni votre belle-fille ni votre bru, l'une et l'autre étant comparables à une fille. Ce qui toutefois doit s'entendre d'une femme qui a été votre bru ou votre belle-fille : car si elle est encore votre bru, c'est-à-dire si elle est encore mariée à votre fils, une autre raison vous empêche de l'épouser, c'est que la même femme ne peut pas avoir à la fois deux maris; pareillement, si elle est encore votre belle-fille, c'est-à-dire si sa mère est votre femme, vous ne pourrez pas l'épouser, parce que le même homme ne peut pas avoir à la fois deux femmes.

§ 7. — Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt; quod et ipsum dissoluta demum affinitate procedit; alioquin, si adhuc noverca est,

Il vous est également défendu d'épouser votre belle-mère ou votre marâtre, car elles sont pour vous comme une mère. Mais cette règle elle-même ne s'applique qu'après

id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure, impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiæ, quia duas uxores habere non possis.

la dissolution de l'alliance : autrement, si une femme est encore votre marâtre, c'est-à-dire la femme de votre père, le droit commun l'empêche de s'unir à vous, parce que la même femme ne peut pas être mariée à deux hommes. De même, si une femme est encore votre belle-mère, c'est-à-dire si sa fille est toujours mariée avec vous, ce qui empêche le mariage, c'est que vous ne pouvez pas avoir deux femmes.

§ 8. — Mariti tamen filius ex alia uxore, et uxoris filia ex alia marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.

Cependant, si le mari a un fils d'une première femme, et la femme une fille d'un autre mari, ou réciproquement, ces deux personnes contractent valablement mariage, bien qu'ayant un frère ou une sœur nés du mariage postérieur de leurs parents.

§ 9. — Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, hæc non est quidem privigna tua; sed Julianus hujusmodi nuptiis abstineri debere ait; nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et jure facturos eos qui hujusmodi nuptiis abstinuerint.

Si après le divorce votre femme a mis au monde une fille issue d'un autre mari, cette fille n'est pas votre belle-fille, mais Julien dit que vous devez vous abstenir d'un pareil mariage; car la fiancée de mon fils n'est pas non plus ma bru, ni la fiancée de mon père ma marâtre, et cependant ce sera se conformer à la morale et au droit que de ne pas épouser ces personnes.

§ 10. — Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint.

Un point certain, c'est que la parenté entre esclaves forme aussi obstacle au mariage, cela si par exemple un père et sa fille, ou bien un frère et sa sœur ont été affranchis.

§ 11. — Sunt et aliæ personæ quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex veteri jure collectarum enumerari permisimus.

Il y a encore d'autres personnes que pour diverses raisons nous ne pouvons épouser. Nous avons voulu qu'elles fussent énumérées dans les livres du Digeste ou des Pandectes, où sont ramassées les règles de l'ancien droit.

§ 12.— Si, adversus ea quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt; sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii quos mater vulgo concepit : nam nec hi patrem habere intelliguntur, quum his etiam pater incertus est. Unde solent spurii appellari, vel a græca voce quasi σποράδην (1) concepti, vel quasi sine patre filii. Sequitur ergo ut, dissoluto tali coitu, nec dotis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, et alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur (Gaius, I, § 64).

En cas de mariage contracté au mépris des règles qui précèdent, il n'y a ni mari, ni épouse, ni noces, ni mariage, ni dot. C'est pourquoi les enfants nés d'un pareil rapprochement ne sont pas sous la puissance de leur père; mais ils sont assimilés, en ce qui concerne la puissance paternelle, aux enfants conçus de tout le monde; car ces derniers ne sont pas même réputés avoir un père, puisque leur père est incertain. Aussi les appelle-t-on *spurii*, soit comme conçus au hasard, du mot grec σποράδην, soit comme étant des enfants sans père. Comme conséquence, après la dissolution d'une pareille union, il n'y a pas lieu à l'action en restitution de la dot. Ceux qui contractent des mariages prohibés encourent encore d'autres peines qui sont indiquées dans les saintes constitutions.

82. Trois conditions sont requises pour la validité du mariage, savoir : la puberté, le consentement du père de famille lorsque l'époux n'est pas *sui juris*, enfin le *connubium* (Ulp., V § 2).

De la puberté. — Le mot puberté désigne chez l'homme l'aptitude à engendrer, chez la femme l'aptitude à concevoir (2). La nécessité de cette condition est déterminée par le but même du mariage, but qui consiste dans la transmission aux enfants de l'état et de la condition du père, par conséquent d'abord dans la procréation. De cette notion les Romains déduisirent deux conséquences : 1° l'homme dont l'impuissance peut être constatée avec certitude, le *castratus*, ne se marie pas valablement (L. 39 § 1, *De jur. dot.*, XXIII, 3. — L. 14 § 1, *De*

(1) Cette étymologie n'est pas sérieuse. Les Romains n'ont pas attendu de connaître la langue grecque pour avoir des enfants *spurii* et leur donner un nom.

(2) L'adjectif *pubes* s'applique plus spécialement à l'homme. De la femme pubère on dit qu'elle est *nubilis*, *viri patiens*, *viri potens* ou simplement *potens* (Cic., *pro Cluent.*, 5. — Festus, v° *Pubes.* — Ulp., V § 2. — Pr. *sup.*).

man. vind., XL, 2) (1); 2° ceux chez qui la puberté n'est pas encore développée ne peuvent pas non plus se marier (pr. *sup.*) (2).

Sur l'application de cette seconde conséquence, une difficulté résulte de ce que le passage de l'impuberté à la puberté ne se manifeste pas à un moment précis, d'une manière instantanée et visible pour tous. A l'égard des femmes, cette difficulté ne paraît pas avoir jamais embarrassé les Romains : de tout temps il les réputèrent pubères dès l'âge de douze ans révolus (Inst., pr., *Quib. mod. tut. fin.*, I, 22). Quant aux hommes, la législation varia : d'après la constitution de Servius Tullius, ils étaient *pueri* jusqu'à dix-sept ans; à partir de cet âge ils devenaient légalement pubères; et, comptant désormais parmi les *juniores*, ils exerçaient les droits et subissaient les charges du citoyen (Aul.-Gell., X, 28). Comme signe extérieur de leur capacité nouvelle, ils échangeaient la robe prétexte contre la robe virile (*toga pura*) qui leur était donnée à l'occasion des *Liberalia* ou fêtes de Bacchus (Ovide, *Fast.*, III, v. 771 à 788. — Catull., 68, v. 15. — Cic., *Phil.*, II, 18). Un passage de Cicéron (*Epist. ad Attic.*, VI, 1, n. 12) permet de croire qu'il dépendait du père de famille de devancer pour ses enfants l'époque de la puberté légale en leur faisant prendre plus tôt la robe virile (3). Sous l'empire, les derniers restes de la constitution de Servius Tullius disparurent; l'usage un peu naïf du changement de robe aux *Liberalia* disparut aussi ou du moins perdit toute signification juridique (4). Dès lors, ce fut une question litigieuse entre les jurisconsultes que de savoir à quel moment un homme serait réputé pubère. Ulpien nous apprend (XI § 28) que les opinions se partagèrent entre trois systèmes : 1° les Proculiens fixaient la puberté à l'âge de quatorze ans; 2° les Sabiniens n'estimaient pubère que celui qui réellement

(1) Mais le mariage reste permis aux *spadones*, ou personnes naturellement impuissantes, et cela parce qu'il n'y a pas moyen de constater avec certitude cette impuissance.

(2) Les Romains auraient pu conclure aussi du but du mariage que, l'aptitude à engendrer ou à concevoir une fois perdue par suite de l'âge, le mariage redeviendrait impossible. Ils ne le firent pas, et ils eurent raison. Toutefois on verra plus loin qu'en principe les mariages contractés par des femmes quinquagénaires ou par des hommes sexagénaires ne dérobaient pas les conjoints aux *pœnæ celibum* (Ulp., XVI § 3).

(3) Ce pouvoir donné aux *paterfamilias* nous permet de comprendre qu'on enrolât quelquefois des *prætextati* ou jeunes gens au-dessous de dix-sept ans (Tite-Liv., XXII, 57).

(4) Une trace du vieil usage est restée dans la synonymie des mots *vesticeps* et *pubes* (Festus, v° *vesticeps*).

pouvait engendrer. La question était donc pour eux une question de fait, qu'il fallait résoudre *ex habitu et inspectione corporis* (Gaius, I, § 186), système à la fois douteux dans ses résultats et médiocrement décent dans son application; 3° enfin, le jurisconsulte Priscus (1) ne tenait pour pubère que celui qui tout ensemble avait atteint quatorze ans et paraissait présenter l'aptitude physique à la génération. Ce troisième système, combinaison des deux précédents, méritait les reproches adressés au système sabinien sans présenter les avantages du système proculien (2). Justinien, appelé à trancher la question, la résout naturellement comme les Proculiens (Inst., pr., *Quib. mod. tut. finit.*, I, 22), de sorte que, dans le dernier état du droit romain, les femmes sont pubères, et par conséquent nubiles, à douze ans, les hommes à quatorze ans (3).

Qu'arrive-t-il, si, contrairement aux règles qui viennent d'être exposées, deux impubères ou deux personnes dont une seule est impubère s'unissent en vue de contracter mariage? On ne voit dans cette union qu'une cohabitation de fait absolument dépourvue de caractère légal et de valeur juridique (4). Mais que la cohabitation et le consentement subsistent encore au jour où ces deux personnes atteignent l'âge de puberté, et leur union se convertit dès lors en un mariage régulier, cela toutefois sans aucun effet rétroactif (L. 4, *De rit. nupt.*).

83. *Du consentement du* PATERFAMILIAS. — Le droit pour les ascendants de permettre ou d'empêcher le mariage de leurs descendants dérive de la puissance paternelle; il en est un attribut essentiel. Sans doute, il peut arriver en fait, grâce à la manière dont ce droit sera exercé, qu'il se résolve en une protection pour l'enfant; mais il n'en est pas moins certainement organisé dans l'intérêt du père, et de là

(1) S'agit-il du Proculien Nératius ou du Sabinien Javolénus? L'un et l'autre, en effet, s'appelaient Priscus (L. 2 § 47 *in fine*, *De orig. jur.*, I, 2).

(2) Aussi n'est-il point indiqué par Quintilien, qui pourtant fait allusion à la controverse (*Inst. Orat.*, IV, cap. 2, 1).

(3) On ne compte pas d'heure à heure. La quatorzième ou la douzième années sont réputées révolues après la sixième heure de la nuit qui précède le jour anniversaire de la naissance (L. 5, *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1). — Au surplus, ces deux limites d'âge, très-convenablement choisies pour l'Italie et pour les provinces méridionales ou orientales de l'empire, pouvaient paraître un peu précoces dans d'autres provinces où le climat plus froid retarde le développement des facultés génétiques.

(4) Néanmoins, la femme, répétant sa dot par voie de *condictio*, jouit du même privilége que si elle avait l'action *rei uxoriæ*. On l'assimile, à ce point de vue, à une simple fiancée qui aurait donné la dot et refuserait de se marier (LL. 17 §§ 1, 18 et 19 pr., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5).

les conséquences suivantes : 1° les ascendants maternels, la mère elle-même, ne sont jamais consultés; 2° telle est également la situation des ascendants paternels qui n'ont pas la puissance, par exemple, d'un père qui a émancipé son fils ou qui l'a donné en adoption. Ceci conduirait à décider que l'enfant placé sous la puissance de son grand-père se passe très-régulièrement du consentement de son père, bien que celui-ci soit resté dans la famille; et telle est, en effet, la doctrine suivie à l'égard des petites-filles (*neptes*). Le consentement du chef de la famille leur suffit. Mais en ce qui concerne les petits-fils (*nepotes*), on exige et le consentement du grand-père et celui du père (L. 16 § 1, *De rit. nupt.*); et la raison en est que les enfants issus du mariage du *nepos* sont destinés à passer un jour sous la puissance du père de leur père, par conséquent acquerront par rapport à lui la qualité et les droits de *sui heredes*. Or c'est un principe que nul ne peut avoir des héritiers siens malgré soi (Inst., § 7, *De adopt.*, I, 11). Le même motif ne se présente pas à l'égard des petites-filles, puisque leurs enfants doivent naître sous la puissance de leur propre père ou du père de leur père, et conséquemment ne sauraient devenir les héritiers siens de leur grand-père maternel; 3° quel que soit l'âge de l'enfant, le consentement du père de famille demeure toujours nécessaire; 4° en sens inverse, l'enfant *sui juris*, si jeune qu'il soit, se marie régulièrement sans consulter personne (1). Ici, toutefois, deux constitutions appartenant, l'une aux empereurs Valens, Valentinien et Gratien, l'autre à Honorius et à Théodose le Jeune (LL. 18 et 20, C., *De nupt.*, V, 4), introduisirent d'importantes modifications : les femmes *sui juris*, veuves ou filles, ne purent plus se marier librement qu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus. Jusque-là elles durent obtenir le consentement de leur père, s'il vivait encore; sinon, celui de leur mère, et, à défaut de mère, celui de leurs plus proches parents (2). Ces innovations contenaient l'ébauche d'une conception toute nouvelle, d'après laquelle le consentement des parents n'aurait plus été exigé que dans l'intérêt direct et exclusif de l'enfant. Mais les empereurs ne surent ou n'osèrent tirer toutes les conséquences de cette idée;

(1) Cependant les femmes, à l'époque où elles étaient en tutelle perpétuelle, avaient besoin de l'*auctoritas tutoris* (Ulp., XI § 22). Mais on verra bientôt que cette *auctoritas* finit par dégénérer en une formalité illusoire (n° 165).

(2) Les empereurs ajoutent à ces décisions raisonnables une autre disposition assez burlesque : si la fille mineure de vingt-cinq ans qui n'a ni père ni mère n'ose se prononcer entre plusieurs prétendants également honorables, le juge choisira pour elle.

et c'est pourquoi, lorsque Justinien fonde la nécessité du consentement paternel tout à la fois sur les principes du droit et sur les données de la raison naturelle (pr. *sup.*), il dit ce qui devrait être plutôt que ce qui est.

Au surplus, nulle forme solennelle n'est exigée pour la manifestation du consentement du père. Qu'il soit donné expressément ou tacitement, peu importe (L. 5, C., *De nupt.*, V, 4) (1). Mais on veut qu'il précède l'union des deux conjoints, sans quoi cette union ne constituerait pas un mariage. Elle ne revêtirait ce caractère que du jour où le père aurait donné un consentement ultérieur ou du jour de sa mort, et cela sans effet rétroactif; de sorte que l'enfant issu de cette union, mais conçu avant le jour où elle est devenue valable, ne naît pas *justus* et n'est pas placé sous la puissance paternelle (L. 11, *De stat. hom.*, I, 5).

84. Deux situations spéciales furent prévues, l'une par la loi, l'autre par les jurisconsultes : 1° le père refuse son consentement au mariage; 2° il est dans l'impossibilité matérielle de le donner.

1° Le père refuse son consentement. — Jusqu'au règne d'Auguste, la loi n'intervint pas pour réprimer ce refus, même arbitraire ou injuste. Il dépendait donc du père d'imposer le célibat à ses enfants. Cet abus de la puissance paternelle, que les censeurs pouvaient bien punir, mais non point empêcher, fût devenu intolérable, le jour où des lois spéciales (*leges caducariæ*) attachèrent certaines déchéances au célibat et certains avantages à la paternité légitime (n°s 372 et s.). Il ne fallait pas que l'obstination mal fondée du père infligeât ces déchéances à l'enfant ou le privât de ces avantages. Aussi la loi *Julia* autorisa-t-elle l'intervention du magistrat à l'effet de forcer le consentement du père qui s'opposerait sans motif sérieux au mariage de son descendant. Elle considéra même comme équivalent à un refus de

(1) On a dit que dans l'ancien droit le consentement du père devait toujours être formel à l'égard des fils. En ce sens, on tire un argument *à contrario* d'un texte où Paul (L. 11, *De stat. hom.*, I, 5) se contente d'un consentement tacite quand il s'agit d'une fille. Mais ce texte est emprunté à un recueil de *responsa*, et si Paul ne parle que du mariage des filles, c'est qu'ainsi le veut l'hypothèse sur laquelle il est consulté. On tire un autre argument de même nature de ce que les fiançailles d'une fille valent par cela seul que le père ne s'y oppose pas (L. 7 § 1, *De sponsal.*). Donc, dit-on, un consentement exprès est nécessaire pour les fiançailles du fils, et par conséquent aussi pour son mariage. Telle n'est pas, à mes yeux, la signification du texte. Je l'entends des cas où le père fou, captif ou absent, ne peut pas manifester sa volonté. Il signifie qu'alors une fille peut contracter des fiançailles valables, comme on verra bientôt (n° 84) qu'elle peut aussi se marier, tandis qu'à l'égard d'un fils il y aurait au moins discussion

consentement, soit le refus de constituer une dot, soit la simple négligence à chercher un parti pour l'enfant (L. 19, *De rit. nupt.*).

2° Le père est dans l'impossibilité de consentir au mariage. — Cette hypothèse, plus compliquée que la précédente, embrasse les trois cas de folie, de captivité et d'absence du père.

Le père est fou. — A l'égard des filles, le droit de se marier aussi librement que si elles étaient *sui juris* leur fut reconnu de très-bonne heure, parce qu'elles ne risquaient pas de donner des héritiers siens à leur père. Quant aux fils de famille, jusqu'à Marc-Aurèle, une autorisation impériale dut suppléer au consentement du père. Ce prince décida que désormais les enfants du *mente captus* se marieraient librement. Mais les jurisconsultes ne s'accordèrent pas sur la portée de cette constitution. En effet, quoique l'expression *mente captus* désigne quelquefois toute espèce de fous, dans une acception plus étroite et plus exacte elle ne s'applique pas aux *furiosi*, c'est-à-dire à ceux dont la démence est semée d'intervalles lucides. Or, s'il est absolument nécessaire de laisser pleine liberté aux enfants de celui qui ne connaît pas ces retours passagers de la raison, cette nécessité n'existe plus au même degré à l'égard des enfants du *furiosus :* ceux-ci peuvent épier les heures de lucidité de leur père pour lui demander son consentement. Donc, fallait-il restreindre la décision de Marc-Aurèle aux enfants du *mente captus* proprement-dit, ou au contraire l'étendre à ceux du *furiosus?* La controverse ne fut tranchée que par Justinien, et elle le fut en faveur de la liberté des enfants. Ce prince voulut également que les enfants dont le père serait atteint d'une folie quelconque pussent recevoir de son curateur une dot ou une donation *ante nuptias*, dont la nature et la quotité seraient réglées, en présence de ce curateur lui-même et des principaux membres de la famille, par le *præfectus urbi* à Constantinople, dans les provinces par le président ou par l'évêque (L. 25, C., *De nupt.*, V, 4. — pr. *sup.*).

Le père est captif. — S'il meurt chez l'ennemi, nul doute ne saurait s'élever sur la validité du mariage qu'auraient contracté ses enfants; car ils sont réputés devenus *sui juris* à compter du moment même où leur auteur a perdu la liberté (Inst., § 5, *Quib. mod. jus potest.*, I, 12). Mais que le père revienne, et par l'effet du *postliminium* il sera censé n'avoir jamais été dépouillé de sa puissance. Le mariage sera-t-il donc nul comme contracté sans son consentement? Il est probable que pour les filles on n'hésita pas à admettre la validité. Pour les fils, la règle *nemini invito heres suus agnascitur* fournissait

au moins une sérieuse raison de douter. Cependant l'opinion favorable au mariage l'emporta, et Tryphoninus (L. 12 § 3, *De capt.*, XLIX, 15) la fonde tout à la fois sur l'intérêt personnel de l'enfant, qui ne saurait se voir condamné au célibat par l'infortune de son père, et sur l'intérêt public, qui répugne à la multiplication des célibataires. Dans le droit de Justinien, l'enfant ne se marie librement qu'une fois écoulé trois ans à compter de l'entrée en captivité de son père (1).

Le père est absent. — C'est-à-dire que l'on ne peut établir avec certitude ni son existence ni sa mort. Ici, comme dans le cas précédent, et à plus forte raison encore, l'ancien droit dut admettre la validité du mariage. Mais Justinien la subordonna à l'expiration du même délai de trois ans (2).

Au surplus, soit que le père fût fou, captif ou absent, il paraît certain qu'à toute époque le consentement du grand-père, présent à Rome et sain d'esprit, fut considéré comme suffisant pour autoriser le mariage d'un petit-fils (L. 9 pr., *De rit. nupt.*). Les difficultés qui viennent d'être examinées supposent donc ou que le grand-père est prédécédé ou qu'il est également dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

85. Du *connubium.* — Ce mot, que la langue littéraire emploie souvent pour signifier le mariage lui-même, désigne dans son sens propre l'aptitude légale à contracter les *justæ nuptiæ* (Ulp., V § 3). En ce sens, il y a des personnes absolument incapables; je veux dire qu'elles ne peuvent contracter les *justæ nuptiæ* avec qui que ce soit. Il y en a d'autres qui ne sont privées du *connubium* que relativement, c'est-à-dire qu'elles peuvent bien, en principe, contracter les *justæ nuptiæ*, mais qu'elles sont néanmoins incapables d'épouser telle ou telle personne (3).

(1) Telle est la décision de la loi 9 § 1, *De rit. nupt.*, placée, il est vrai, sous le nom d'Ulpien, mais où l'exigence du délai de trois ans ne saurait être considérée que comme une interpolation de Justinien. Dans le silence de la loi, les jurisconsultes ne pouvaient pas créer un délai : ils devaient prendre parti purement et simplement dans un sens ou dans l'autre.

(2) Ainsi le décide déjà la loi 10, *De rit. nupt.* Mais ici l'interpolation s'accuse clairement par deux solécismes et un hellénisme qui n'auraient pas échappé à Paul, auteur de ce texte et l'un des jurisconsultes qui parlent la langue la plus pure.

(3) En général, les jurisconsultes ne disent pas d'une manière absolue que telle personne a le *connubium* ou ne l'a pas. Ils disent qu'elle l'a ou ne l'a pas avec telle personne ou telle classe de personnes. En d'autres termes, et conformément à l'étymologie du mot (*cum nubere*), c'est surtout la capacité relative qu'ils appellent *connubium*. Cela tient à ce qu'ils présupposent toujours la capacité absolue, c'est-à-dire

La capacité générale de contracter les *justæ nuptiæ* n'appartient qu'aux personnes qui peuvent ou avoir la *patria potestas* ou du moins y être soumises, c'est-à-dire aux Romains des deux sexes. Elle fait donc défaut aux esclaves, aux Latins et aux pérégrins (Ulp., V §§ 4 et 5). Quant aux esclaves, l'affranchissement seul les relève de cette incapacité inséparable de leur condition. Au contraire, les Latins et les pérégrins, sans acquérir le droit de cité, reçoivent quelquefois des empereurs la concession du *connubium*, soit d'une manière générale, soit par rapport à telle personne seulement. Il est même possible qu'ils bénéficient de cette faveur sans qu'elle leur ait été accordée directement. C'est ce qui arrive lorsque les empereurs concèdent le *connubium* à un vétéran avec la première Latine ou la première pérégrine qu'il épousera après son congé. Dans cette hypothèse, la faveur impériale ne s'adresse qu'au vétéran; mais, par voie de conséquence, la femme qu'il épouse en profite avec lui (Gaius, I, §§ 56 et 57). Les textes de l'époque classique ne s'occupaient pas spécialement des barbares, encore isolés du monde romain, mais l'incapacité qui frappait les simples pérégrins les atteignait eux-mêmes à bien plus forte raison; en l'année 365 ou 370, à une époque où Rome sentait le besoin de se protéger par tous les moyens possibles contre l'invasion, les empereurs Valentinien et Valens fortifièrent la prohibition en prononçant la peine de mort contre tout Romain qui épouserait une femme barbare (L. unic., C. Th., *De nupt. gent.*, III, 14). Sous Justinien, il n'y a plus, on l'a vu, ni Latins ni pérégrins; mais les *justæ nuptiæ* restent inaccessibles aux barbares, ainsi que cela résulte des Institutes (pr. *sup.*). Seulement, ce prince n'a reproduit nulle part la sanction cruelle établie par ses prédécesseurs.

86. Supposant maintenant que les deux personnes qui se proposent de contracter mariage ensemble sont l'une et l'autre en possession du *jus civitatis*, qu'elles sont pubères, et, s'il y a lieu, munies du consentement du père de famille, je dois rechercher quelles causes pourraient s'opposer à leur mariage, en d'autres termes leur ôter respectivement le *connubium* qu'elles ont d'une manière générale.

la qualité de citoyen romain chez la personne dont ils examinent la capacité relative. Mais puisque les Romains n'ont le *connubium* ni avec les esclaves ni avec les pérégrins, et qu'il n'y a pas de *justæ nuptiæ* possibles pour ces deux classes de personnes, j'ai pu, sans fausser les véritables idées romaines, dire que le mot *connubium* désigne soit la capacité générale, soit la capacité relative. La définition d'Ulpien (V § 3) se prête très-bien à cette manière d'envisager les choses.

Les Institutes font une allusion vague à des prohibitions de mariage multiples (§ 11 *sup.*); mais elles n'en développent que deux : ce sont celles qui dérivent de la parenté (*cognatio*) et de l'alliance (*affinitas*). Entre parents la prohibition se justifie par deux motifs : 1° il est certain que des mariages multipliés entre personnes de même sang aboutissent après quelques générations à la dégradation physique et intellectuelle de la race. Et peut-être la répugnance instinctive que de pareilles unions soulèvent tient-elle à un sentiment confus de cette vérité aujourd'hui invinciblement établie par l'observation ; 2° si le mariage était permis entre personnes qui vivent ensemble ou très-rapprochées, soit dans des relations d'affection tout à fait familières, comme le frère et la sœur, soit dans des relations qui placent l'une sous la dépendance de l'autre, comme le père et la fille, il y aurait là une incitation permanente à des désordres que l'on pourrait se flatter de réparer plus tard par le mariage. Ce second motif s'applique seul aux mariages entre alliés; seul aussi il justifie la prohibition entre personnes dont la parenté ne dérive que de l'adoption.

Étudions d'abord la prohibition entre parents, et distinguons entre la parenté réelle et la parenté purement civile qui découle de l'adoption.

87. *Obstacle résultant de la parenté réelle.* — Il faut distinguer entre la parenté en ligne directe, c'est-à-dire celle des ascendants et des descendants (*cognatio superior* et *inferior*), et la parenté en ligne collatérale (*cognatio ex transverso* ou *a latere*), c'est-à-dire celle de personnes descendant d'un même auteur, mais dont l'une ne descend pas de l'autre.

En ligne directe, le mariage est prohibé absolument (*in infinitum*), quel que soit le nombre des degrés qui séparent l'ascendant et le descendant (§ 1 *sup.*).

En ligne collatérale, la prohibition demandait à être restreinte. Dans l'ancien droit romain et dans celui de Justinien, qui en est la reproduction fidèle, elle ne reçoit que deux applications : 1° le mariage est prohibé entre frères et sœurs, mais sans distinguer s'ils sont issus du même lit (germains), ou seulement du même père (consanguins) ou de la même mère (utérins) (§ 2 *sup.*); 2° il est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, entre la tante et le neveu (1). Mais on ne distingue

(1) La langue latine, si riche en mots techniques pour désigner les diverses natures et les degrés de parenté (*De gradib.*, LL. 1, 2, 3 et 10, XXXVIII, 10), n'en a pas qui signifie neveu ou nièce. On dit *fratris* ou *sororis filius* ou *filia*.

pas s'il s'agit d'oncles et tantes paternels (*patruus, amita*) ou maternels (*avunculus, matertera*). On ne distingue pas non plus entre les oncles ou tantes proprement dits et les grands-oncles ou grand'tantes (§§ 3 et 5 *sup.*) (1). Cette prohibition est motivée sur ce que les oncles et tantes sont *parentium loco*, ce qui signifie qu'ils ont pour leurs neveux et nièces une affection de même nature, sinon de même énergie, que celle des père et mère, et qu'ils exercent sur eux, non pas la même autorité légale, mais une influence de fait assez semblable.

A. Antérieurement à Justinien, cette législation très-sage avait subi deux modifications que nous ne retrouvons plus sous ce prince. L'une fut une concession du sénat à l'empereur Claude ; l'autre fut une inspiration du christianisme. Les voici : 1° Claude, voulant épouser Agrippine, fille de son frère Germanicus, fit décider d'une manière générale par le sénat que désormais un oncle paternel pourrait épouser la fille de son frère (Gaius, I, § 62. — Ulp., V § 6. — Tacite, *Annal.*, XII, 1 à 7). Mais il faut remarquer que la prohibition resta entière entre la tante et le neveu, entre l'oncle maternel et la nièce, même entre le grand-oncle paternel (*propatruus*) et la petite nièce (*proneptis*). Cette sobriété dans la dérogation aux règles reçues témoigne suffisamment que ce sénatus-consulte ne fut qu'une complaisance lâche pour la passion de Claude (2). Aussi fut-il accueilli comme une injure à l'opinion publique, et l'exemple de Claude ne trouva, dit Tacite, qu'un seul imitateur. Les fils de Constantin revinrent à l'ancien droit ; mais, avec ce défaut de mesure qui caractérise la législation chrétienne, ils prononcèrent la peine de mort contre l'oncle paternel qui épouserait sa nièce ou entretiendrait avec elle un commerce illicite (L. 1, C. Th., *De incest. nupt.*, III, 12) (3) ; 2° les mariages entre cousins ger-

(1) On a résumé les deux prohibitions de mariage en ligne collatérale en disant qu'il est défendu entre tous collatéraux dont l'un au moins se trouve au premier degré de l'auteur commun. Cette formule n'est pas romaine, mais elle est d'une exactitude évidente.

(2) Tacite nous apprend que trois rivales se disputaient auprès de Claude la succession de sa femme Messaline. Agrippine s'était placée sous le patronage de l'affranchi Pallas. Les deux autres prétendantes étaient appuyées chacune aussi par un affranchi fameux, l'une par Narcisse, l'autre par Calliste. Agrippine l'emportait facilement auprès de son oncle dont elle était devenue la maîtresse. Restait à triompher de la loi. Le censeur Vitellius, le gardien légal de la morale publique, comme on dirait aujourd'hui, se chargea d'entraîner l'adhésion du sénat. Et Claude n'eut pas honte de proposer lui-même le sénatus-consulte, ni les sénateurs de le voter.

(3) Justinien n'a pas reproduit cette peine, mais il a corrigé, conformément à la décision des fils de Constantin, une constitution des empereurs Dioclétien et Maxi-

mains, longtemps ignorés dans la pratique, si nous en croyons Tacite (*Annal.*, XII, 6), mais non pas défendus, car nous en connaissons au moins deux exemples décisifs antérieurs à l'empire (Tit.-Liv., XLII, 34. — Cic., *pro Cluent.*, 5) (1), furent prohibés par les premiers empereurs chrétiens. C'est ce qui résulte d'une constitution de l'année 405 par laquelle les empereurs Honorius et Arcadius suppriment la prohibition (L. 19, C., *De nupt.*, V, 4) (2). Nul doute que ces mariages ne soient licites sous Justinien (§ 4 *sup.*); et c'est pourquoi les Institutes commettent une erreur en disant (§ 3 *sup.*) que, là où le mariage nous est interdit avec la fille d'une personne, nous ne pouvons pas non plus épouser sa petite-fille. Ainsi je n'épouserais pas valablement la fille de mon aïeul, puisqu'elle est ma tante; mais j'épouse très-bien la fille de ma tante, qui est pourtant la petite-fille de mon aïeul.

Des motifs mêmes qui justifient la prohibition du mariage entre parents, les Romains ont dû conclure qu'elle est indépendante du lien de l'agnation, et qu'elle s'applique, dans les limites précédemment définies, par cela seul qu'il y a communauté certaine d'origine et de sang. Donc le mariage est interdit : 1° entre parents issus des *justæ nuptiæ* qui ne font plus ou n'ont jamais fait partie de la même famille. C'est ainsi que je ne puis épouser ni ma sœur émancipée ou donnée en adoption, ni ma tante maternelle ou ma sœur utérine; 2° entre parents nés l'un ou l'autre ou tous les deux en esclavage (§ 10 *sup.* — LL. 8 et 14 § 2, *De rit. nupt.*) Mais ici la prohibition n'a de sens qu'en supposant libres aujourd'hui les deux personnes unies par cette parenté qu'on appelle *cognatio servilis;* sans quoi leur qualité d'esclaves formerait un premier obstacle infranchissable; 3° entre personnes dont la parenté dérive *ex concubinatu* (L. 4, C., *De nupt.*, V, 4) ou *ex matrimonio non justo;* 4° entre parents dont l'un est *vulgo conceptus* (L. 14 § 2; L. 54, *De rit. nupt.*). Cette dernière décision, fort simple dans les rapports de l'enfant avec la mère et les parents par la mère,

mien (L. 17, C., *De nupt.*, V, 4), dont nous retrouvons ailleurs le compte rendu et qui ne proscrivait nullement le mariage entre l'oncle paternel et la nièce (*Collat. Leg. Mosaic.*, tit. VI, cap. 4 § 5).

(1) Il suffit de lire ces textes pour se convaincre qu'il ne s'agit pas ici de mariages contraires aux lois.

(2) Dans cette constitution, le mot *consobrini*, qui signifie proprement les enfants de deux sœurs, désigne tous cousins. Plus exactement on appelle *fratres patrueles* les enfants de deux frères, *amitini* et *amitinæ* les enfants d'un frère et d'une sœur. Trébatius avait déjà employé le mot *consobrini* dans ce sens général, et tel était le langage courant (L. 1 § 6; L. 10 § 15, *De gradib.*, XXXVIII, 10).

n'est plus aussi logique à l'égard du père et des parents par le père, puisque celui-ci est légalement incertain; nécessairement elle suppose la paternité connue en fait (1).

88. *Obstacle résultant de la parenté adoptive.* — Cet obstacle trouve à la fois sa raison d'être et sa limite dans deux principes qui seront bientôt expliqués : 1° l'adoption crée un lien de cognation légale entre l'adopté et les personnes dont il devient l'agnat. D'où il suit qu'entre lui et ses nouveaux agnats le mariage doit être interdit dans la mesure précise des prohibitions qui atteignent les parents selon la nature. Par application de cette règle, je ne puis épouser ni ma fille ni ma sœur adoptives, ni la femme adoptée par mon aïeul paternel (*amita adoptiva*), ni la fille conçue de mon frère adoptif postérieurement à l'adoption. Mais j'épouserais très-régulièrement la fille adoptive de mon aïeul maternel, la sœur utérine de mon père adoptif, la fille d'une femme adoptée par mon père (L. 12 § 4, *De rit. nupt.*) (2), ou la fille conçue de mon frère adoptif avant l'adoption, car il n'y a pas plus de lien civil que de lien naturel entre ces personnes et moi; 2° quand l'agnation produite par l'adoption cesse, la cognation tout artificielle qui en résultait cesse aussi. D'où il faudrait, ce semble, conclure qu'en règle générale la prohibition de mariage disparaît elle-même. Cette conséquence, toutefois, n'est pas admise dans la ligne directe, et l'adoptant ne peut jamais épouser celle qui a été, même un seul jour, sa fille ou sa petite-fille adoptive (§ 1 *sup.*). C'est donc seulement dans la ligne collatérale que le mariage redevient possible par la dissolution de l'adoption. Ainsi je puis épouser ma sœur adoptive, lorsque l'agnation qui nous unissait est brisée par son émancipation ou par la mienne. Et de là les Romains tirent la conclusion suivante : Lorsque je veux adopter la femme de mon fils ou le mari de ma fille, je dois commencer par émanciper celui des deux conjoints qui est mon descendant (§ 2 *sup.*). L'omission de cette précaution ne rendrait pas l'adoption nulle, mais elle emporterait dissolution du mariage (L. 67 § 3, *De rit. nupt.* — Théoph., *sur le* § 1, *De nupt.*). La raison en est que mon gendre ou ma bru, en se prêtant à l'adoption, ne sauraient être réputés avoir voulu commettre un inceste; qu'en conséquence il faut leur supposer ou l'intention absurde de faire un acte nul, ou l'intention beaucoup

(1) C'est ce qui arrive à l'égard des enfants issus d'un mariage nul (§ 12 *sup.*).

(2) L'adoption ne peut nous donner que des parents paternels. Aussi dit-on : *Nemo avunculus aut matertera fit per adoptionem* (L. 12 § 4, *De rit. nupt.*).

plus vraisemblable de divorcer pour rendre l'adoption possible (1).

89. *Obstacle résultant de l'alliance.* — J'ai dit que l'alliance, à l'exemple de la parenté, empêche quelquefois le mariage. Mais cette prohibition n'a tout son sens et toute sa portée que lorsque l'alliance a été dissoute par la dissolution même du mariage d'où elle résultait. Jusque-là, en effet, une raison plus forte s'oppose à l'union des deux alliés : c'est qu'un homme ne peut avoir à la fois deux femmes, ni une femme deux maris (§§ 6 et 7 *sup.*) (2).

Entre alliés en ligne directe (3), le mariage est toujours prohibé; il l'est *in infinitum* (4). Je ne puis donc épouser ni ma bru ni la bru de mon fils (§§ 6 et 7 *sup.*). Il y a plus : les Romains, partant de cette idée qu'en notre matière il faut considérer ce qui est honnête plutôt que ce qui est strictement conforme à la logique (L. 197, *De reg. jur.*, L, 17), étendent la prohibition au delà des limites rigoureuses de l'alliance. Ainsi la fille que ma femme divorcée aurait eue d'un subséquent mariage ne serait pas ma *privigna*. La fiancée de mon père n'est pas ma *noverca*, et ma propre fiancée n'est pas la bru de mon père. Néanmoins les jurisconsultes conseillaient de s'abstenir de pareils mariages, et leur conseil finit par se convertir en une véritable défense légale (§ 9 *sup.* — L. 12 §§ 1 à 3, *De rit. nupt.*).

Quant à l'alliance en ligne collatérale, à l'époque classique elle ne formait jamais obstacle au mariage. Mais l'empereur Constance la prohiba entre le beau-frère et la belle-sœur (L. 2, C. Th., *De illic. nupt.*, III, 12) et cette prohibition, renouvelée par d'autres empereurs chrétiens, fut maintenue par Justinien (L. 5, C., *De incest. et inut. nupt.*, V, 5). Ce cas excepté, le droit ancien subsiste sous ce prince. Et c'est pour-

(1) On a expliqué la dissolution du mariage par le pouvoir qu'aurait eu le père d'imposer le divorce à ses enfants. Mais ce motif ne vaut plus rien, ni dans le droit de Justinien, ni même dans le droit classique.

(2) On peut dire à ce point de vue, que, tant que le mariage dure, les époux ne conservent le *connubium* qu'entre eux seuls.

(3) La langue latine a des noms spéciaux pour tous les alliés en ligne directe. On appelle *socer* et *socrus* le beau-père et la belle-mère par opposition au gendre et à la bru (*gener* et *nurus*). On appelle *vitricus* et *noverca* (beau-père et belle-mère) le second conjoint par rapport aux enfants que son conjoint a eus d'une précédente union, et ceux-ci s'appellent dans leur rapport avec lui *privignus* et *privigna* (beau-fils et belle-fille).

(4) Cette prohibition ne fut pas toujours observée. Caracalla, qui avait écrit *legibus vivimus* (n° 16), donna l'exemple de l'inceste en épousant sa belle-mère (*noverca*), celle dont il avait assassiné le fils (Spart., *Ant. Carac.*, 10). Un cas assez semblable est rapporté par Cicéron (*pro Cluent.*, 5) : c'est celui d'une femme qui poussa son gendre au divorce et l'épousa.

quoi le mariage est admis entre les enfants que deux époux auraient obtenus chacun de leur côté par une union antérieure (§ 8 *sup.*) (1).

90. Quelle est la sanction des prescriptions qui viennent d'être exposées? D'abord l'union des deux parents ou alliés est nulle : on y voit, non pas un mariage, mais un simple rapprochement (*coitus*). Il n'y a donc ni mari (*vir* ou *maritus*) ni épouse (*uxor*) (2). Et si la femme a apporté des biens sous le nom de dot, ce n'est là qu'une appellation impropre qui n'a pu leur donner le caractère dotal ni les soumettre aux règles qui gouvernent une véritable dot. Quant aux enfants, on les assimile aux *spurii* ou *vulgo concepti*, en ce sens qu'ils ne sont pas placés sous la puissance paternelle. Il y a mieux : bien qu'en fait leur filiation paternelle soit certaine, on la répute, d'une manière générale, légalement incertaine, comme s'ils étaient véritablement *spurii*. Si le texte des Institutes (§ 12 *sup.*) ne s'explique pas à cet égard avec une précision suffisante, les textes de l'époque classique ne peuvent laisser subsister aucun doute (Gaius, I, § 64. — Ulp., V § 7. — L. 23, *De stat. hom.*, I, 5) (3).

A. Non-seulement de tels mariages sont nuls, mais ils rentrent dans le crime d'inceste (L. 39 § 1, *De rit. nupt.*) (4). A ce titre les délinquants encourent les peines de l'adultère. Ces peines sont les

(1) Au surplus, de même qu'on reconnaît en cette matière une *cognatio servilis* suffisante pour empêcher le mariage, de même on admet une *affinitas servilis* dont les effets sont ici les mêmes que ceux de l'alliance proprement dite (L. 14 § 3, *De rit. nupt.*). A plus forte raison l'obstacle résulte aussi de l'alliance produite par le concubinat (L. 4, C., *De nupt.*, V, 4) ou par un *matrimonium non justum*.

(2) La femme mariée s'appelait aussi *matrona* (Aul.-Gell., XVIII, 6). A l'un et à l'autre époux on donnait le nom de *conjux*, et en parlant des deux on disait quelquefois *mariti* (L. 52 § 1, *De donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1).

(3) Un rescrit de Marc-Aurèle (L. 57 § 1, *De rit. nupt.*), statuant sur l'état des enfants nés d'un mariage entre un oncle maternel et sa nièce, les déclara *justi* à raison de la bonne foi de leur mère qui avait ignoré la prohibition légale. Mais à cette bonne foi s'ajoutaient les trois circonstances suivantes : 1° le mariage avait été déterminé par l'influence d'une grand'mère de la femme; 2° il avait duré quarante ans sans disparition de la bonne foi; 3° beaucoup d'enfants en étaient issus. Cette décision contient le premier germe de notre théorie française du mariage putatif. Mais rien ne prouve qu'elle ait été appliquée à tous les cas de mariage incestueux contracté de bonne foi. A plus forte raison paraît-il probable qu'elle ne fut pas étendue aux mariages nuls pour des causes autres que l'inceste. Cependant, la femme libre qui par erreur a épousé un esclave peut, répétant sa dot par l'action *de peculio*, opposer aux créanciers du pécule un privilége semblable à celui qu'elle exercerait dans l'action *rei uxoriæ*.

(4) Tout commerce, même non qualifié mariage, entre parents ou alliés qui ne peuvent contracter les *justæ nuptiæ*, constitue un inceste (L. 38 pr. et § 3, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5).

unes pécuniaires, les autres corporelles. La peine pécuniaire consiste, pour la femme, en la confiscation de sa dot et du tiers de ses biens; pour le mari, dans une confiscation de la moitié de son patrimoine (Paul, II, 19 § 5; 26 § 14. — LL. 52 et 61, *De rit. nupt.*). La peine criminelle consiste dans la relégation *in insulam.* Toutefois en ce qui concerne l'application de ces peines, il faut distinguer deux sortes d'incestes, celui qui est commis entre parents en ligne directe et qu'on appelle inceste du droit des gens, et celui qui est commis entre parents collatéraux ou entre alliés et qu'on appelle inceste du droit civil. Ce dernier n'est pas puni du côté de la femme, qu'on présume avoir ignoré le droit. Du côté de l'homme, il est toujours puni, mais avec une sévérité moindre s'il a été commis publiquement (L. 68, *De rit. nupt.* — L. 38 § 2, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5) (1).

A. Les empereurs chrétiens ajoutèrent à ces peines la confiscation de toutes donations faites par l'un des époux à l'autre, soit avant, soit depuis le mariage. Ils les déclarèrent de plus incapables de se faire désormais aucune libéralité, et incapables de transmettre leurs biens à d'autres héritiers, soit testamentaires, soit *ab intestat*, que leurs descendants légitimes ou leurs ascendants, leurs frères ou sœurs, et leurs oncles ou tantes paternels (2). Cependant ces rigueurs étaient épargnées à l'époux de bonne foi qui, découvrant son erreur, rompait immédiatement la vie commune (LL. 4 et 6, C., *De incest. nupt.*, V, 5).

91 *a.* Indépendamment de la parenté et de l'alliance, on peut trouver, non pas sans doute à une seule et même époque de la législation romaine, mais en l'envisageant dans le cours entier de son développement, sept hypothèses où le *connubium* fait défaut entre citoyens romains. Les voici dans l'ordre chronologique où elles se produisirent :

1° Jusqu'à la loi *Canuleia* rendue en l'an de Rome 310, le ma-

(1) Cela tient à ce que la publicité donnée à la faute fait présumer l'erreur. Mais alors c'est une impunité complète, et non pas un simple adoucissement de peine, que la raison exigerait. Si la décision que je critique paraît dure pour l'erreur véritable, en revanche elle protége outre mesure le cynisme qui s'étale.

(2) Par la novelle 12 (cap. 1), Justinien exagéra cette sévérité. Il décida que l'époux incestueux perdrait immédiatement ses biens au profit de ses enfants légitimes issus d'un précédent mariage, et, s'il n'en avait pas, au profit du fisc. Pour certaines provinces où les mariages incestueux, paraît-il, étaient très-usités, il les réprima par la peine de mort (Nov. 154, cap. 1).

riage fut interdit entre patriciens et plébéiens (1). Tite-Live (IV, 4 à 6) constate que cette prohibition avait été consacrée par les Douze Tables ; mais il ne dit pas formellement qu'elle eût été imaginée par les décemvirs. Et il faut admettre sans hésiter qu'elle est aussi ancienne que la distinction des patriciens et des plébéiens. C'est ce que prouvent les motifs mêmes sur lesquels elle repose, savoir : 1° le caractère ineffaçable des qualités de plébéien et de patricien, par conséquent l'impossibilité de l'*individua vitæ consuetudo* entre deux personnes qui n'appartiennent pas à la même caste ; 2° la nécessité, pour être admis à prendre les auspices, d'être de race purement patricienne. Or les enfants issus d'une pareille union auraient été, à ce point de vue, *incerta proles*, c'est-à-dire un mélange de sang patricien et de sang plébéien (Tit.-Liv., IV, 2) (2).

2° Le mariage fut longtemps interdit entre ingénus et affranchis. C'est ce qui ressort d'un sénatus-consulte qui accorda, comme faveur exceptionnelle, à l'affranchie Hispala Fécenia, dénonciatrice des bacchanales, d'épouser un ingénu (Tit.-Liv., XXXIX, 19). Cette prohibition, conséquence aussi du caractère ineffaçable des qualités d'ingénu et d'affranchi, fut supprimée par les lois caducaires, sans doute parce que ces lois, attachant de grandes déchéances au célibat, devaient tout au moins, en facilitant le mariage, ne pas multiplier l'application de ces déchéances (L. 23, *De rit. nupt.*).

3° De cette prohibition les loi *Julia* et *Papia Poppæa* maintinrent pourtant quelque chose : elles ne permirent pas le mariage entre les affranchis, d'une part, et d'autre part, les sénateurs, leurs enfants au premier degré et leurs autres descendants *per masculos*. Ces mêmes lois assimilèrent aux affranchis les comédiens et comédiennes, leurs enfants au premier degré et les femmes prostituées ; de sorte que le mariage avec ces personnes fut interdit aux sénateurs, à leurs enfants au premier degré, et même à leurs descendants ultérieurs *per masculos* (Ulp., XIII § 1. — L. 44 pr., *De rit. nupt.*). Ce n'est pas tout : les mêmes lois prohibèrent le mariage de l'homme ingénu avec une *lena*,

(1) Cette loi n'est qu'un plébiscite (Cic., *De rep.*, II, 37). Elle nous prouve que bien avant la loi Hortensia, il y eut quelques plébiscites dont l'autorité n'était pas contestée (n° 14). Du reste la présentation de celui-ci avait été autorisée par le sénat (Tit.-Liv., IV, 6).

(2) A cette objection le tribun Canuléius répondait victorieusement par la règle *liberi patrem sequuntur* (Tit.-Liv., IV, 4). Mais cette réponse elle-même témoigne que dans les mariages entre patriciens et plébéiens la femme ne pouvait pas prendre la condition de son mari.

avec l'affranchie d'un *leno* ou d'une *lena*, avec la femme prise en adultère ou condamnée sur une accusation publique, avec une comédienne, en un mot et d'une manière générale, avec toute femme notée d'infamie (Ulp., XIII § 2; XVI § 2) (1).

Quelle est la sanction des prohibitions consacrées par les lois *Julia* et *Papia Poppæa?* Depuis Marc-Aurèle le mariage est certainement nul : ainsi le décidait un sénatus-consulte (L. 16 pr., *De rit. nupt.*). Mais nombre d'interprètes, partant de la prétendue inutilité d'un acte législatif qui n'aurait fait que confirmer une règle déjà admise (2), estiment qu'antérieurement le mariage était valable; seulement les époux auraient été traités comme célibataires en ce qui concerne l'application des lois caducaires (3). Dans une autre opinion, plus ancienne

(1) Il est remarquable que le mariage ne fut pas interdit entre la femme ingénue et l'homme *infamis;* cela sans doute parce qu'en fait la femme s'abaisse moins facilement que l'homme à une union inférieure. J'ajoute que ces prohibitions n'avaient pas paru nécessaires à une époque où le respect de leur propre dignité prévenait chez les citoyens romains jusqu'à la pensée de pareilles unions.

(2) Il ne faut pas oublier qu'à Rome la désuétude abrogeait les lois. Dès lors il n'était pas inutile de les renouveler pour en prévenir l'abrogation tacite.

(3) Cette opinion s'appuie sur un texte d'Ulpien (XVI § 2), où il est dit que les époux mariés contrairement aux lois caducaires ne peuvent rien recueillir l'un de l'autre par acte de dernière volonté. On remarque d'abord qu'Ulpien les qualifie *vir* et *uxor*, langage inexact, je le veux bien, mais rendu nécessaire par le défaut d'expressions plus précises. On insiste surtout sur ce qu'il serait bien inutile de déclarer expressément que deux personnes non mariées n'ont pas les avantages attachés au mariage. Ma réponse est fort simple. La décision d'Ulpien présente une double utilité : 1° il se peut que les deux prétendus époux n'aient pas encore atteint l'âge où le mariage est exigé. Il est possible aussi qu'ils aient obtenu du prince le *jus liberorum*. Dans ces cas, ils ont pleinement le *jus capiendi* à l'égard des étrangers; et ils l'auraient entre eux aussi, si leur mariage était régulier (Ulp., XVI § 1). Mais ils le perdent dans leurs rapports respectifs pour avoir violé les lois caducaires; 2° si deux véritables époux n'ont pas d'enfants communs, mais qu'ils en aient d'un précédent mariage, à l'égard des étrangers ils ont le *jus capiendi* complet; entre eux ils ne l'ont que dans une mesure restreinte. Pareillement, s'ils n'ont point d'enfants du tout, à l'égard des étrangers leur *jus capiendi* n'existe que pour moitié; mais, dans leurs rapports réciproques, on le réduit à une mesure encore moindre (Ulp., XV). Eh bien! si les deux personnes unies contrairement aux lois caducaires étaient traitées entre elles comme deux étrangers, on leur reconnaîtrait dans le premier cas une pleine capacité réciproque, dans le second cas une capacité de moitié, de sorte qu'elles gagneraient à la nullité de leur mariage. Et c'est ce que la loi n'a pas voulu. C'est ainsi que, d'après un autre texte d'Ulpien (L. 3 § 1, *De donat. int. vir.*, XXIV, 1), ces mêmes personnes, bien que non mariées, ne peuvent se faire aucune donation entre-vifs, *ne melior sit eorum conditio qui deliquerunt*. Mon explication a au moins cet avantage de ne pas supposer qu'Ulpien, écrivant un livre élémentaire trente ou quarante ans après Marc-Aurèle, se réfère à un droit abrogé et se taise sur le droit contemporain.

et que je crois vraie, ce sénatus-consulte n'innova pas; il n'eut pour but que de rendre plus vivantes des dispositions peut-être un peu négligées dans la pratique (1). C'est la conclusion que je tire des trois considérations suivantes : 1° les prohibitions de la loi *Julia* sont formulées en termes trop impératifs (L. 44 pr.. *De rit. nupt.*) pour qu'il soit croyable que leur violation n'emportât pas nullité; 2° elles nous apparaissent, les unes comme un débris, les autres comme une extension de l'ancienne prohibition entre ingénus et affranchis, laquelle était certainement sanctionnée par la nullité; 3° enfin, Justinien affirme (L. 28, C., *De nupt.*, V, 4) que telle était bien la portée de la loi *Papia*, et il ajoute que, par une conséquence cruelle de cette loi, l'élévation d'un citoyen à la dignité de sénateur dissolvait le mariage contracté par sa fille avec un *libertinus*.

Au surplus, la prohibition pouvait être levée par un rescrit impérial (L. 31, *De rit. nupt.*), et, si elle ne l'avait pas été, le mariage prenait néanmoins existence à compter du jour où la cause de nullité disparaissait, par exemple du jour où le sénateur uni à une *libertina* se voyait exclu du sénat (L. 27, *De rit. nupt.*).

Tel était le droit classique. La rigueur en fut exagérée par Constantin qui défendit aux sénateurs et à quelques autres personnes d'épouser des femmes de condition vile (*abjectæ personæ*), par exemple celles qui exploitaient un commerce (L. 1, C., *De nat. lib.*, V, 27. — L. 7, C., *De incest. nupt.*, V, 5). Mais Justin, pour complaire à Justinien, son neveu et son fils adoptif, qui désirait épouser la comédienne Théodora, supprima la prohibition entre les ingénus et les comédiennes retirées du théâtre (L. 23 § 1, C., *De nupt.*, V. 4); et Justinien la fit disparaître d'une manière absolue entre toutes les personnes précédemment indiquées (Nov. 117, cap. 6).

4° La loi *Julia de adulteriis* prohibait le mariage entre la femme condamnée pour adultère et son complice (L. 40 pr., *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5). Mais cette prohibition perdit à peu près tout son sens le jour où Constantin punit de mort le crime d'adultère (n° 92).

5° Des *mandata* dont il est difficile de préciser la date, mais qui paraissent remonter au moins au IIe siècle de l'ère chrétienne, défendaient aux personnes investies d'une fonction politique (*officium*)

(1) Rien d'étonnant dès lors si les textes rattachent souvent la nullité au dernier acte qui la consacra. C'est ainsi que parfois la prohibition elle-même est attribuée au sénatus-consulte de Marc-Aurèle, qui à coup sûr pourtant ne l'a pas créée (L. 16, *De sponsal.* — L. 3 § 1, *De donat. int. vir.*).

en province d'épouser ou de laisser épouser à leur fils une femme qui eût dans leur province sa *patria* ou son domicile. Cette prohibition, à laquelle toutefois on dérobait tant les militaires originaires eux-mêmes de la province où ils se mariaient, que les autres fonctionnaires fiancés avant leur entrée en charge, reposait sur deux motifs : d'abord la nécessité de soustraire les familles provinciales à la pression et aux violence du fonctionnaire ; en second lieu, la crainte qu'un magistrat, déjà puissant par ses attributions, ne cherchât dans une alliance avec une famille riche et influente un moyen de se rendre indépendant du pouvoir central. La violation de ces *mandata* avait pour sanction : 1° la nullité du mariage ; 2° la nullité des libéralités testamentaires faites par la femme au mari. Mais la réciproque n'était pas admise (1) (L. 38 pr. et § 1 ; L. 57 pr.; LL. 63 et 65 § 1, *De rit. nupt.* — L. 6, C, *De nupt.*). — Ajoutons que du jour où expiraient les fonctions du magistrat, le maintien de la volonté des époux suffisait à assurer la validité du mariage, mais seulement pour l'avenir et sans aucun effet rétroactif (L. 65 § 1, *De rit. nupt.*).

6° Sous le règne des empereurs Marc-Aurèle et Commode , un sénatus-consulte interdit le mariage entre le tuteur et son ancienne pupille, entre le curateur et la femme mineure de vingt-cinq ans placée sous sa curatelle. La même prohibition s'adressait au père du tuteur et du curateur, lorsque ceux-ci étaient *in potestate*. Dans tous les cas elle comprenait aussi leur fils même *sui juris*, leur petit-fils *ex filio*, leur fils adoptif non émancipé, même leur affranchi. Le mariage n'était licite qu'autant que le père même de la jeune fille l'avait ou fiancée ou destinée par testament à l'une de ces personnes (LL. 36, 37, 59 ; L. 60 §§ 5 à 7; L. 64 §1, *De rit. nupt*). Ces prohibitions, fondées sur la crainte que le tuteur ou le curateur ne cherchât par un tel mariage à éluder la nécessité de rendre un compte sérieux (2), s'évanouissaient lorsque la mineure avait atteint l'âge où elle ne pouvait plus se faire restituer *in integrum*, c'est-à-dire vingt-cinq ans plus une année utile. De deux choses l'une, en effet : ou elle avait reçu son compte, et par l'expiration du délai indiqué il était devenu inattaquable ; ou elle ne

(1) La loi 38 § 1, *De rit. nupt.*, a fait conjecturer que la dot était confisquée. Mais le contraire résulte de la loi 63, *in fine*, au même titre.

(2) Ce motif parut tellement impérieux que la prohibition fut étendue même aux héritiers externes du tuteur (L. 64 § 1, *De rit. nupt.*). En revanche il semble que l'on aurait dû y soustraire son fils, lorsqu'il avait été exhérédé ou usait du bénéfice d'abstention : on ne le fit pas (L. 67 pr., *De rit. nupt.*).

l'avait pas encore reçu, et dans ce cas sans nul doute elle conservait son action contre le tuteur et le curateur : mais par cela même que les actes de ce dernier ne pouvaient plus être rescindés ni en conséquence l'exposer au recours des tiers, ses intentions ne paraissaient plus suspectes comme auparavant (L. 64 § 1 ; L. 67 § 3, *De rit. nupt.* — L. 6, C., *De interd. matr.*, V, 6). La violation de ce sénatus-consulte avait pour première sanction la nullité du mariage. De plus, le mari perdait par rapport à la femme le *jus capiendi ex testamento,* mais sans que cette incapacité fût réciproque. Enfin, l'infamie et une autre peine probablement corporelle, prononcée *extra ordinem*, atteignaient le tuteur ou le curateur, ainsi que leur fils si c'était lui qui avait contracté le mariage (L. 66 pr., *De rit. nupt.* — L. 128, *De legat.* 1°, XXX).

7° Constantin prohiba le mariage entre le ravisseur et la jeune fille, soit qu'elle eût résisté ou consenti (L. 1, C. Th., *De rapt. virg.*, IX, 24). L'empereur Constance étendit cette décision au cas de rapt d'une veuve (*vidua*) ou d'une religieuse (*virgo sanctimonialis* ou *sacrosancta*) (L. 1, C. Th., *De rapt. vel matr. sanctim.*, IX, 25). Le raptfut, en outre, puni de mort (Inst., § 8, *De publ. jud.*, IV, 18, — Nov. 143 et 150).

8° Enfin les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius proscrivirent et punirent comme adultère le mariage d'un juif et d'une chrétienne, d'un chrétien et d'une juive (L. 6, C., *De jud.*, 1, 9).

Dans ces huit cas, aussi bien que dans l''hypothèse d'un mariage incestueux, les enfants sont traités comme *spurii*. Leur filiation reste certaine à l'égard de la mère, elle est incertaine à l'égard du père (Ulp., V § 7. — L. 23, *De stat. hom.*, I, 5).

III. — DES EFFETS IMMÉDIATS DES *justæ nuptiæ*.

92. Il est fort remarquable que Justinien dans ses Institutes (pr., *de patr. pot.*, I, 9), Gaius en ses commentaires (I, §§ 55 et s.) et Ulpien dans ses règles (V §§ 1 et s.), ne traitent des *justæ nuptiæ* qu'à l'occasion de la puissance paternelle dont elles sont la source principale. Ce procédé, assurément peu méthodique, ne prouve pas que les Romains attachassent peu d'importance au mariage en lui-même ; il témoigne plutôt de l'extrême importance qu'avait à leurs yeux la puissance paternelle. Mais il ne doit pas nous faire oublier que les *justæ nuptiæ* produisent, indépendamment de leur fécondité ou de leur stérilité, des effets considérables. Voici les principaux :

1° Le mariage établit entre les époux une *societas vitæ* dont j'ai déjà indiqué les principales conséquences (n° 79).

2° Les deux époux se doivent mutuellement fidélité. La violation, de cette obligation constitue l'adultère. Ce crime, dans tous les cas, donne à l'époux blessé une juste cause de divorce et soumet le coupable à des peines pécuniaires que j'expliquerai plus tard (Ulp., VI §§ 12 et 13). Là s'arrête la sanction, quand l'adultère émane du mari (L. 1, C., *Ad leg. Jul. de adult.*, IX, 9). Quand il est commis par la femme, on le considère comme beaucoup plus grave, soit parce qu'il risque d'introduire dans la famille des enfants qui ne sont pas l'œuvre du mari, soit parce que l'oubli des devoirs conjugaux entraîne généralement pour la femme une dégradation morale plus profonde et plus irrémédiable que pour l'homme (1). Par ces considérations, la loi *Julia de adulteriis*, rendue sous Auguste, établit contre la femme adultère (2) et son complice des peines qui ont déjà été indiquées (n° 90) (3). Constantin remplaça ces peines, assez sévères pourtant, par la mort (L. 30 § 1, C., *Ad leg. Jul. de adult.*) (4). Et telle est encore la législation du Code de Justinien, soit à l'égard de la femme, soit à l'égard du complice. Quant à la femme, une novelle de ce même prince substitua à la peine de mort la fustigation et l'emprisonnement dans un monastère. Deux ans étaient donnés au mari pour la reprendre. Ce délai passé sans qu'il eût usé de ce droit, elle restait enfermée à perpétuité, rasée, voilée; et ses biens étaient acquis au monastère jusqu'à concurrence d'un tiers si elle avait des descendants, de deux tiers si elle n'avait que des ascendants,

(1) *Neque femina, amissa pudicitia, alia abnuerit*, dit Tacite (*Annal.*, IV, 3).

(2) Toutefois l'adultère de la femme était impuni lorsque avant le mariage elle exerçait la profession honteuse de *lena* ou celle de comédienne. On pensait que le mari n'avait pas dû compter sur la fidélité d'une pareille femme (L. 10 § 2, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5).

(3) Le père de famille, surprenant sa fille en flagrant délit d'adultère, soit dans sa propre maison, soit dans celle de son gendre, la tuait impunément, elle et son complice, pourvu que le meurtre eût lieu *in continenti* (L. 20; L. 23 §§ 2 à 4, *Ad leg. Jul. de adult.*). Le mari, au contraire, ne tuait jamais impunément sa femme, mais il y avait lieu à atténuation de la peine; quant au complice, si c'était une personne vile, il avait le droit de le tuer, mais seulement dans la maison conjugale (Paul, II, 26 §§ 4 et 5. — L. 24 pr., *Ad leg. Jul. de adult.*).

(4) C'est donc par suite d'une interpolation de Justinien que cette peine se trouve mentionnée dans une constitution d'Alexandre Sévère (L. 9, C., *Ad leg. Jul. de adult.*). Et c'est à tort que Justinien l'attribue à la loi *Julia* (Inst., § 1, *De publ. jud.*, IV, 18).

de la totalité, si elle n'avait ni descendants ni ascendants (Nov. 134, cap. 10) (1).

De l'obligation réciproque de fidélité découle comme corollaire l'impossibilité absolue pour toute personne mariée de contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Non-seulement le second mariage serait nul; mais, contracté de mauvaise foi, il rentrerait dans le crime appelé *stuprum*, et, à ce titre, entraînerait l'infamie et une peine corporelle que nous ignorons (L. 18, C., *Ad leg. Jul., de adult.*, IX, 9, — Inst., § 4, *De publ. jud.*, IV, 18). Sous Justinien, ces peines sont remplacées par la mort (Théoph., §§ 6 et 7, *De nupt.* Au surplus, la bigamie, à la différence de l'adultère proprement dit, est tout aussi bien punissable du côté du mari que du côté de la femme, et elle l'est indépendamment de toute cohabitation réelle entre le conjoint bigame et son second conjoint.

3° Le mariage engendre l'alliance ou affinité (L. 4 § 8, *De grad.*, XXXVIII, 10). On appelle ainsi le lien qui se forme 1° entre les époux eux-mêmes (*Fr. vat.*, §§ 218 et 302); 2° entre chaque époux et les parents de l'autre; 3° entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre (L. 4 § 3, *De grad.*) (2).

(1) L'adultère donnait lieu à un *judicium publicum*. Toute personne capable d'accuser pouvait donc le poursuivre. Ce *judicium* présente quelques particularités qu'il est essentiel de connaître : 1° la poursuite n'est possible soit contre la femme, soit contre le complice, qu'après la dissolution du mariage. Mais le mari qui sciemment conserve sa femme adultère commet le crime de *lenocinium* (L. 2 § 2; L. 11 § 10; L. 29 pr., *Ad leg. Jul. de adult.*); 2° dans les soixante jours de la dissolution du mariage il y a pour le mari et le père de la femme un privilége consistant en ce que seuls ils ont le droit de poursuivre l'adultère. Passé ce délai, l'accusation appartient à tout le monde. Mais elle ne peut être intentée contre la femme que pendant quatre mois utiles, tandis que le complice y reste soumis pendant cinq ans continus à partir du jour même du crime (L. 4 § 1; L. 11 § 4; L. 14 § 2, *Ad leg. Jul. de adult.*). Constantin ne laissa le droit de poursuivre l'adultère qu'au mari, au père, au frère, et à l'oncle soit paternel, soit maternel (L. 30 pr., C., *Ad leg. Jul. de adult.*); 3° la poursuite ne peut pas être exercée simultanément contre les deux coupables. Mais l'accusateur peut commencer à son choix par la femme ou par le complice (L. 8, C., *Ad leg. Jul. de adult.* — L. 15 §§ 8 et 9, *Ad leg. Jul. de adult.*); 4° dans le cas spécial où la femme se serait remariée avant toute poursuite, l'accusateur doit commencer par le complice, à moins que le mari n'eût signifié à la femme une défense provisoire de se remarier. Alors, en effet, on craint que la poursuite ne tende simplement à troubler son second mariage (L. 2 pr.; L. 11 § 11; L. 16, *Ad leg. Jul. de adult.*).

(2) L'affinité entre les parents des deux époux ne produit aucun effet juridique, notamment elle ne fait pas obstacle au mariage (§ 8, *De nupt.*). Et c'est pourquoi quelques interprètes la nient. Mais ils ne prennent pas garde que, même entre un conjoint et les parents de l'autre, l'alliance reste sans effet au delà d'une cer-

De même que l'affinité commence avec le mariage, de même elle finit avec lui (Inst., § 7, *De nupt.*, I, 10); et dès lors, par une conséquence logique, elle ne produit plus ses effets (*Fr. Vat.*, § 303. — L. 1 § 11; L. 3 § 1, *De post.*, III, 1). Toutefois ce n'est là qu'une règle générale qui comporte quelques exceptions (*Fr. Vat.*, §§ 218 et 219); on a vu même que si l'alliance forme obstacle aux *justæ nuptiæ* entre certaines personnes, cet obstacle ne prend un caractère vraiment pratique qu'à compter de la dissolution du lien d'où il dérive (n° 89).

4° L'incapacité dont les lois caducaires frappent les célibataires à compter d'un certain âge est en partie prévenue ou effacée par le mariage (Ulp., XVII § 1).

5° Il rend nulles les donations que l'un des conjoints ferait désormais à l'autre (n° 309).

6° Le *furtum* commis par l'un des époux à l'égard de l'autre ne donne lieu contre l'époux voleur à aucune peine, mais seulement à une action en réparation du dommage causé (LL. 1, 3, 25, *Rer. amot.*, XXV, 2).

7° A l'époque où la *manus* existait, les *justæ nuptiæ* seules la rendaient possible comme puissance sérieuse (n°s 120 et 121).

8° Une constitution de dot n'était possible aussi que dans les *justæ nuptiæ* (Inst., § 12, *De nupt.* — N° 311).

9° Enfin, dans le droit du Bas-Empire, le mariage rend possible la légitimation des *liberi naturales* antérieurement issus du concubinat des deux conjoints (Inst., § 13, *De nupt.*).

IV. — DES EFFETS DE LA FILIATION *ex justis nuptiis;* SPÉCIALEMENT DE L'AGNATION ET DE LA GENTILITÉ.

Lib. I, tit. IX, *De patria potestate*, pr. — In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreaverimus (Gaius, I, § 55).

Sont en notre puissance les enfants que nous avons procréés en justes noces.

§ 3. — Qui igitur ex te et uxore tua nascitur in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis, et deinceps ce-

Donc celui qui naît de vous et de votre femme est en votre puissance. De même celui qui naît de votre fils et de sa femme, c'est-à-dire votre petit-fils et votre petite-fille, sont aussi en votre puissance, ainsi

taine limite. La parenté elle-même perd ses effets quand elle est trop éloignée. Les Romains, au surplus, considèrent comme *affines* le *sponsus* et la *sponsa* (*Fr. vat.*, § 302).

teri. Qui tamen ex filia tua nascitur in tua potestate non est, sed in patris ejus (Ulp., L. 4, *De his qui sui vel al.*, I, 6).

que votre arrière-petit-fils et votre arrière-petite-fille, et les descendants subséquents. Cependant l'enfant de votre fille n'est pas en votre puissance, mais bien sous celle de son père.

Lib. I, tit. XV, *De legitima agnatorum tutela*, § 1. — Sunt autem agnati cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati : velut frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus, et patrui filius, neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus, et invicem scilicet tu illi eodem jure conjungeris, quia qui nascuntur, patris, non matris, familiam sequuntur (Gaius, I, § 166).

On appelle agnats les cognats entre lesquels le lien de la cognation résulte de personnes du sexe masculin, comme étant cognats par le père : tels sont le frère né du même père, le fils du frère ou le petit-fils issu de lui; de même l'oncle paternel, son fils et le petit-fils issu de ce dernier. Quant à ceux qui sont unis par la cognation résultant de personnes du sexe féminin, ils ne sont pas agnats, mais cognats, d'après le droit naturel. C'est pourquoi le fils de votre tante paternelle n'est pas votre agnat, mais votre cognat, et réciproquement vous lui êtes unis par le même lien, parce que l'enfant qui vient au monde suit la famille du père, non celle de la mère.

93. La filiation, c'est-à-dire le lien naturel qui rattache un enfant à ses deux auteurs, produit des effets plus ou moins larges selon la nature de l'union d'où elle résulte. Or la filiation la plus pleine est sans aucun doute celle qui, découlant des *justæ nuptiæ*, vaut aux enfants la qualification de *liberi justi*. En en décrivant les effets, j'aurai donc implicitement décrit ceux que la loi peut attacher à d'autres filiations. Il ne me restera qu'à faire le triage de ces derniers, lorsque j'expliquerai les unions autres que les *justæ nuptiæ*.

A. Avant tout, la filiation, pour produire un effet quelconque, doit être légalement certaine. Dans les principes romains, cette certitude existe toujours à l'égard de la mère, fût-elle la plus vulgaire des prostituées, et cela parce que l'accouchement est un fait matériel également facile à constater dans tous les cas. Quant à la paternité, elle est naturellement incertaine. Mais le mariage vient fournir, et c'est là son grand

but social, un moyen de la déterminer légalement avec une vraisemblance qui, dans la plupart des cas, sera de la certitude. Combinant ces deux idées, que la femme a dû cohabiter physiquement avec son mari et qu'elle n'a pas dû cohabiter avec un autre homme, les Romains présument la paternité du mari : *pater is est quem nuptiæ demonstrant* (L. 5, *De in jus voc.*, II, 4). Toutefois l'application de cette présomption suppose 1° que la femme a conçu ou pu concevoir pendant le mariage; 2° que la cohabitation a été matériellement possible entre les époux à un moment quelconque de la période à laquelle la conception se réfère.

Pour savoir si la femme a pu concevoir en mariage, il est essentiel de déterminer d'abord les limites extrêmes de la durée d'une grossesse. Or il résulte des textes que dans la doctrine des jurisconsultes classiques la femme porte son enfant au moins cent quatre-vingts jours pleins, et ne le porte pas plus de trois cents jours pleins (L. 12, *De stat. hom.*, I, 5. — L. 3 §§ 11 et 12, *De suis et leg. hered.*, XXXVIII, 16) (1). D'où il suit que l'enfant a dû être conçu au plus tard le cent quatre-vingt-unième jour et au plus tôt le trois cent unième jour avant celui de la naissance. Le délai dans lequel la loi place la conception se trouvant ainsi fixé à cent vingt et un jours, l'enfant appartiendra au mari de sa mère, il sera *justus*, par cela seul que l'un quelconque de ces cent vingt et un jours se placera en tout ou en partie dans la durée du mariage. Donc, né le cent quatre-vingtième jour qui suit celui du mariage contracté ou le trois cent deuxième jour qui suit celui du mariage dissous, l'enfant n'a pas le bénéfice de la légitimité : il l'aurait eu, naissant le cent quatre-vingt-unième jour après celui du mariage (2) ou le trois cent unième jour après celui de la dissolution.

(1) D'après Aulu-Gelle (III, 16 § 12), ce seraient les décemvirs qui auraient fixé à trois cents jours la plus longue durée de la gestation. Mais, au dire du même auteur (*eod. loc.*, § 23), le préteur Papirius aurait déclaré légitime un enfant né dans le treizième mois après le décès du mari, et cela parce qu'il ne voyait pas de délai déterminé par la loi. Comment admettre qu'un préteur eût ainsi motivé une pareille décision, si le texte des Douze Tables avait été formel? Je croirais donc plus volontiers que ces délais furent introduits par la jurisprudence, et qu'il n'y eut pas de difficulté sur le minimum, mais qu'en des cas exceptionnels une décision du magistrat ou du prince put admettre des gestations supérieures à trois cents jours.

(2) Ceci n'est nullement contredit par Paul (L. 3 § 12, *De suis et legit.*, XXXVIII, 16). Supposant qu'une *ancilla* a été affranchie et s'est mariée le jour même de la *manumissio*, il déclare *justus* l'enfant né au plus tôt le cent quatre-vingt-deuxième jour. Mais dans les cent quatre-vingt-deux jours Paul compte celui du mariage et celui de l'accouchement, ce qui fait bien une gestation de cent quatre-vingt jours pleins et non de cent quatre-vingt-un.

Ce n'est pas tout que la conception se place ou puisse se placer dans le mariage. Il faut encore, ai-je dit, que la cohabitation physique des époux n'ait pas été impossible au moment de la conception. Or cette impossibilité aura existé si, d'un bout à l'autre des cent vingt et un jours précédemment indiqués, le mari a été soit absent, soit incapable, par suite de maladie ou accident, d'accomplir l'acte de la génération. Dans ces deux cas il ne sera pas le père de l'enfant mis au monde par sa femme (L. 6, *De his qui sui vel al. jur.*, I, 6).

94. Les effets de la filiation *ex justis nuptiis* peuvent se décomposer en deux séries : les uns s'appliquent dans les rapports de l'enfant avec ses deux auteurs ou leurs parents. Les autres se restreignent à ses rapports avec le père ou les parents du père (1).

Les principaux effets de la première série sont les suivants :

1° La filiation *ex justis nuptiis* engendre la cognation ou parenté. On appelle ainsi le lien qui rattache ensemble plusieurs personnes descendant d'un auteur commun. L'enfant sera donc le cognat de son père et de sa mère, et de tous leurs cognats. Ainsi que j'ai eu l'occasion de le faire remarquer (n° 87), on distingue la parenté en ligne directe, celle qui unit deux personnes dont l'une descend de l'autre, et la parenté en ligne collatérale, celle qui unit deux personnes descendant simplement d'un même auteur, sans que l'une descende de l'autre (L. 1 pr. et § 1, *De grad.*, XXXVIII, 10). La proximité de parenté (*ordo cognationis*) se détermine par le nombre des degrés (*gradus*). Et le nombre des degrés s'établit de la manière suivante : En ligne directe, quand on veut savoir à quel degré deux personnes sont parentes, on compte le nombre de générations qu'il a fallu, celle de l'ascendant non comprise, pour arriver à donner le jour au descendant. Ainsi le père et le fils sont au premier degré, l'aïeul et le petit-fils sont au second, etc. En ligne collatérale, étant données les deux personnes dont on veut calculer le degré, il faut additionner les deux nombres qui expriment le degré de parenté de chacune par rapport à l'auteur commun. Soient, par exemple, deux frères : chacun d'eux est au premier degré de l'auteur commun. Donc entre eux ils sont au second degré. Soient un oncle et un neveu : l'auteur commun sera le père de l'un et le grand-père de l'autre. Or, par rapport à cet auteur, l'oncle

(1) Je ne parle pas de certains effets qui n'intéressent pas l'enfant lui-même ; tels sont le *jus liberorum*, ensemble de privilèges attachés au nombre des enfants (Inst., pr., *De excus.*, I, 25), et le *jus patrum* dont je traiterai plus loin (n° 374).

est au premier degré, le neveu au second. Donc, entre eux l'oncle et le neveu sont au troisième degré.

On a déjà vu que la cognation forme, dans une certaine mesure, obstacle au mariage. On verra plus loin (Inst., III, 5) que, sinon d'après le droit civil primitif, du moins dans la législation du préteur et des empereurs, elle peut fonder des droits de succession.

A. 2° Une obligation alimentaire réciproque existe entre les descendants et les ascendants (1). Toutefois, il faut remarquer 1° que cette obligation, ne pouvant grever efficacement une personne qui n'a pas de biens, restera presque toujours sans force à l'égard des enfants *in potestate;* 2° que l'obligation de la mère ou des ascendants maternels suppose le décès ou la pauvreté du père et des ascendants mâles paternels, seuls tenus quand ils ont des moyens suffisants; 3° que l'obligation des ascendants ne se borne pas à nourrir l'enfant. Ils lui doivent aussi l'éducation (L. 5 pr., §§ 1 à 3, 12 à 14; L. 8, *De agnosc.* et *al. lib.*, XXV, 3) (2).

3° L'enfant doit à ses ascendants un certain respect (*reverentia*) dont les principales conséquences sont qu'il ne peut ni les poursuivre en justice sans une autorisation spéciale du magistrat, ni, même avec cette autorisation, les poursuivre par une action infamante, leur opposer une exception de dol ou les faire condamner au delà de leurs moyens (Inst., §§ 12 et 38, *De act.*, IV, 6. — L. 11, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 2 pr.; L. 7 § 2, *De obseq. par.*, XXXVII, 15. — L. 4 § 16, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4).

95. Quant aux effets spéciaux que la procréation *ex justis nuptiis* produit dans les rapports de l'enfant avec le père, les Romains les résument dans cette courte formule : *Liberi patrem sequuntur*, dont il s'agit seulement de déduire les conséquences (Ulp., IV § 8. — Tit.-Liv., IV, 4). Voici les principales :

(1) Il paraît qu'anciennement le père de famille pouvait s'affranchir de cette obligation en expulsant son fils. C'est ce que l'on appelait *abdicatio liberorum*. L'exercice de cette faculté supposait des griefs sérieux. Elle existait encore au premier siècle de l'ère chrétienne (Quintil., *Inst. or.*, III, 6. — *Declam.*, 259, 260). Une constitution de Dioclétien constate que depuis longtemps elle avait disparu (L. 6, C., *De patr. pot.*, VIII, 48).

(2) On a vu (n° 84) que l'ascendant paternel investi de la puissance est même tenu de doter ses enfants (L. 19, *De rit. nupt.*, XXIII, 2). Ce sont ces obligations particulières à l'ascendant paternel, conséquence et charge de sa *patria potestas*, qui l'autorisent, en cas de divorce imputable à la femme ou à son père, à exercer sur la dot certaines retenues *propter liberos* (Ulp., VI §§ 9 et 10).

1° L'enfant naît soumis à la puissance paternelle, à moins que son père ne meure entre la conception et l'accouchement. Toutefois il faut faire ici deux observations : 1° ce n'est pas toujours le père, dans le sens français du mot, qui est investi de la puissance. C'est le grand-père, lorsqu'au jour de la conception il avait encore en sa puissance le père de l'enfant (Inst., § 9, *Quib. mod. jus pot.*, I, 12). Dans un langage très-exact, c'est à l'ascendant, quel qu'il soit, qui possède de la puissance, que l'on donne le nom de *pater;* 2° l'enfant peut naître *sui juris*, bien qu'il ait un ascendant paternel vivant au jour de la naissance. C'est ce qui arrive notamment lorsque pendant le cours de la gestation le grand-père a émancipé ou donné en adoption son fils, puis est mort lui-même avant la naissance de l'enfant.

2° Le père de famille communique à son descendant sa qualité de citoyen romain, et plus généralement sa condition juridique et son rang social (n° 46). Par exemple, le père est-il patricien ou sénateur : l'enfant naît patricien ou a le rang de fils de sénateur (LL. 6 et 7, *De Sen.*, I, 9) (1)

3° Pareillement l'*origo* du fils se détermine par celle du père de famille (page 109, note 2), et certainement il faut en dire autant de son domicile. Si quelque textes (L. 6 § 1 ; L. 17 § 11, *Ad municip.*, L, 1) paraissent me contredire, on ne doit pas se méprendre sur leur véritable pensée : ils veulent simplement exprimer que le domicile, à la différence de l'*origo*, n'est pas immuable; de sorte que l'enfant, devenu maître de ses déterminations, peut bien abdiquer le domicile qu'il tient de son auteur, mais non pas sa patrie originaire (LL. 3 et 4, *Ad municip.*).

4° La procréation *ex justis nuptiis* engendre l'agnation ou parenté civile, que l'on oppose à la cognation ou parenté selon la nature (L. 4 § 2 ; L. 10 § 4, *De grad.*, XXXVIII, 10). Tandis qu'on appelle cognats tous les descendants d'un même auteur, quel que soit le sexe de cet auteur ou des personnes intermédiaires et quel que soit aussi le genre d'union d'où la filiation résulte, les agnats sont seulement, d'après les Institutes (§ 1 *sup.*), les cognats de l'un ou de l'autre sexe qui satisfont aux trois conditions suivantes : 1° ils descendent d'un même auteur du sexe masculin ; 2° les intermédiaires entre eux et lui, s'il y en a, appartiennent aussi au sexe masculin ; 3° la génération de ces personnes et de toutes les personnes intermédiaires dérive des *justæ nuptiæ* (2).

(1) Cependant le fils d'un affranchi naît ingénu (n° 60).

(2) Cette troisième condition, sans être ainsi formulée dans le texte des Institutes ni dans celui de Gaius qu'elles copient, y est néanmoins très-nettement indiquée

L'analyse de ces conditions conduit à reconnaître que l'agnation existe d'une part entre le père de famille et ses enfants, d'autre part entre les enfants eux-mêmes; qu'une fois le père mort, elle se maintient entre les enfants; qu'en outre, elle se produit entre chacun d'eux et les descendants *per masculos* de ses frères, ainsi qu'entre les diverses souches de descendants *ex masculis* et *per masculos;* enfin, que jamais elle ne rattache un enfant ni à aucun parent maternel ni à ceux des parents paternels qui sont séparés de l'auteur commun par une femme. L'agnation ne se rencontre donc qu'entre personnes placées dans l'une des deux situations suivantes : 1° il y en a une qui est actuellement investie d'une puissance paternelle à laquelle toutes les autres sont soumises médiatement ou immédiatement; 2° s'il s'agit de personnes toutes *sui juris* ou de personnes distribuées en plusieurs groupes ayant chacun à sa tête un père de famille distinct, une seule chose les empêche de se trouver aujourd'hui sous une même puissance paternelle, c'est que l'auteur commun est mort.

Il suit de ces notions : 1° qu'une femme pouvant très-bien être soumise à la puissance paternelle, mais non pas en être investie, elle n'aura d'autres agnats que des ascendants ou des collatéraux, non jamais des descendants, du moins en leur simple qualité de descendants (1); 2° qu'en sens inverse un affranchi de l'un ou de l'autre sexe, n'ayant jamais été soumis à la *patria potestas*, n'aura pour agnats ni des ascendants ni des collatéraux; qu'en conséquence, une femme affranchie sera toujours sans agnats, mais qu'un affranchi mâle, ayant l'aptitude à acquérir cette puissance, pourra très-bien avoir pour agnats des descendants; 3° que l'ingénu conçu en dehors des *justæ nuptiæ* ressemble absolument, à cet égard, à l'affranchi, dépourvu d'agnats quelconques si c'est une femme, capable, si c'est un homme, d'avoir pour agnats ses descendants.

par ces mots : *Qui nascuntur, patris, non matris, familiam sequuntur.* Ces expressions supposent que la qualité d'agnat n'appartient qu'à des personnes qui suivent la condition de leur père; or, que l'enfant suive la condition du père, c'est là un effet tout spécial des *justæ nuptiæ.*

(1) J'écarte le cas où la femme est *in manu mariti.* Alors elle est réputée la fille de son mari; en conséquence elle devient l'agnate de ses propres enfants comme de tous les autres agnats du mari. Quant à la femme émancipée, elle n'a plus pour agnats ni ses ascendants ni ses collatéraux; et, comme elle ne peut s'en donner par la génération, il est rigoureusement vrai de dire qu'elle forme à elle seule, tant qu'elle reste *sui juris,* une famille dont elle est, selon l'élégante expression d'Ulpien, *caput et finis* (L. 195 § 5, *De verb. signif.*, L, 16).

Cette connexité entre les deux idées de puissance paternelle et d'agnation est tellement étroite, il est tellement vrai que l'agnation suppose le lien d'une puissance paternelle actuelle, passée, ou simplement intelligible ou virtuelle, que d'une part les enfants qui sortent de la puissance paternelle par l'adoption ou l'émancipation perdent leur qualité d'agnats, donc ne la communiquent plus à leurs descendants ultérieurement conçus; que d'autre part ceux qui tombent sous la *patria potestas* par voie d'adoption empruntent à l'adoptant tous ses liens d'agnation et désormais les transmettent à leurs descendants. A ce point de vue, la définition que les Institutes donnent de l'agnation est tout à la fois trop large et trop étroite : trop large, puisque, comme on le voit, l'agnation peut faire défaut à des descendants *ex justis nuptiis* et *per masculos;* trop étroite, puisque l'agnation peut appartenir à des personnes qui en réalité ne descendent pas d'une même lignée et n'ont pas même sang. En un mot, les Institutes, considérant seulement le fait ordinaire, ne se sont pas préoccupées des événements qui effacent ou suppléent civilement l'effet de la descendance *ex justis nuptiis*. Tenant compte de ces faits, on peut définir l'agnation un lien civil qui rattache soit au père de famille, soit entre elles, des personnes descendant réellement ou fictivement d'un même auteur, soit qu'elles se trouvent actuellement sous la *patria potestas* de cet auteur ou qu'elles dussent s'y trouver en le supposant vivant.

La réunion des agnats forme ce que dans le langage le plus exact (*communi jure*) on appelle *familia* (L. 195 § 2, *De verb. signif.*, L, 16). Or la moindre réflexion suffit pour apercevoir que la famille ainsi conçue repose sur un fondement tout à fait artificiel et présente une composition arbitraire. Car, outre qu'elle comprend des personnes que n'unit ensemble aucune communauté réelle d'origine, elle laisse en dehors d'elle tous les parents par les femmes, par conséquent tous les parents maternels, et même un certain nombre de parents paternels. Ainsi, tandis que deux personnes au vingtième degré comptent encore dans la même famille, pourvu qu'elles descendent *ex eodem masculo* et *per masculos*, l'enfant ne tient par aucun lien civil ni à sa mère ni aux plus proches parents de sa mère. Et de là une iniquité criante : car les droits de famille, notamment les droits de tutelle et de succession, ne sont attachés qu'à l'agnation, non jamais à la simple cognation. Ce système, dont le vice apparut de plus en plus à mesure que la *manus* devint moins habituelle, finit par déterminer une réaction qui sera expliquée à propos des successions.

Qu'il me suffise pour le moment de constater que l'agnation existait encore au moment de la promulgation des Institutes, mais qu'en l'an 543 Justinien la supprima, rendant ainsi à la nature ses droits, et à la famille son seul fondement rationnel, qui est la communauté d'origine ou cognation (Nov. 118. — N° 469). Cette réforme eut une conséquence importante. Dans le système du vieux droit civil, nul ne comptait dans deux familles à la fois; désormais, au contraire, l'enfant, tout en continuant de porter le nom de son père, appartiendra réellement et à la famille paternelle et à la famille maternelle; il aura dans l'une et dans l'autre les droits qu'il n'avait autrefois que dans celle du père.

96 *a*. A la théorie de l'agnation, et par conséquent aux effets de la filiation *ex justis nuptiis*, je crois pouvoir rattacher quelques notions très-sommaires sur la *gentilitas*. Il est certain que la *gens* constitua jadis une agrégation fort importante, tant au point de vue religieux qu'au point de vue purement civil : elle avait ses dieux et son culte, distincts des dieux et du culte de la cité (Tit.-Liv., I, 26; V, 46 et 52), et, comme conséquence, un *jus sepulcri* qui lui était propre (Cic., *De leg.*, II, 22). En l'absence d'agnats, c'est aux *gentiles* que la loi des Douze Tables déférait l'hérédité légitime (n° 418), la curatelle des fous et des prodigues (n° 167), et plus que probablement aussi la tutelle des impubères et des femmes (n°s 132 et 164). Il est également hors de doute que la *gens* exerçait une certaine juridiction sur ses membres et pouvait, par un *decretum*, leur ôter l'usage d'une faculté légale, par exemple, leur interdire, comme le fit la *gens Fabia*, le célibat et l'exposition de leurs enfants (Denys d'Hal., IX, 22. — Tit.-Liv., VI, 20). L'individualité juridique de la *gens* s'accusait d'une manière frappante par la communauté du nom que nous appelons le nom propre ou nom de famille, et que les Romains appelaient *nomen gentilitium*. Ainsi tous les membres de la *gens Fabia* portaient le nom de Fabius, tous ceux de la *gens Claudia* le nom de *Claudius*, etc. (Val. Max., Epitome, lib. X, *de prænom.*). Étroitement lié aux idées religieuses et aristocratiques qui firent le fond de la primitive constitution de Rome, le *jus gentilitium* tomba peu à peu en désuétude, et à l'époque de Gaius la *gens* n'était plus qu'un souvenir. Néanmoins, ce jurisconsulte, c'est lui-même qui nous l'apprend (III, § 17), en avait indiqué les caractères dans son premier commentaire. Malheureusement ses explications sont perdues, et, comme nul autre auteur connu de nous ne traite spécialement de cette matière, nous sommes réduits à des renseignements épars et incomplets. De là de

grandes divergences entre les interprètes modernes, et une véritable impossibilité d'arriver à une doctrine certaine sur la nature de la *gentilitas*.

Dans une opinion moderne et assez répandue en France, mais à laquelle on ne peut accorder que la valeur d'une hypothèse tout à fait douteuse, pour concevoir exactement la *gentilitas*, il faut supposer deux familles civiles, dont l'une a pour premier auteur un affranchi, et dont l'autre ne compte dans toute la série de ses auteurs que des ingénus. Il faut supposer de plus que l'affranchi qui a fondé la première famille a dû sa liberté à l'un des membres de la seconde. Dans cette situation, tous les agnats qui se rattachent à la famille du *manumissor* auraient la qualité de *gentiles* par rapport à tous les membres de la famille du *manumissus*, mais cela sans réciprocité, de sorte que ceux-ci emprunteraient les *sacra* du *manumissor*, auraient pour héritiers les membres de sa famille, et au besoin tomberaient sous leur tutelle, mais sans jamais posséder par rapport à eux les mêmes droits. Sous le nom de *gentilitas*, c'est donc le *jus patronatus* qui se perpétuerait amoindri entre la famille et les descendants de l'affranchi (1). Si l'on aime mieux, la *gens* comprendrait des membres actifs, savoir ceux qui appartiennent à la famille du *manumissor*, et des membres passifs, ceux de la famille du *manumissus*. Mais les premiers seuls auraient le titre de *gentiles*.

Si l'on admet que les premiers plébéiens ne furent que des vaincus réduits en esclavage et affranchis, cette conception de la *gentilitas* explique très-bien pourquoi dans le principe les patriciens seuls pouvaient former des *gentes* (Tit.-Liv., X, 8) (2). Reste à voir si elle concorde avec les textes. Le principal appartient à Cicéron (*Topic.*, 6), qui, empruntant une définition donnée par le pontife Scévola et

(1) Probablement aussi on considérerait les patriciens comme *gentiles* à l'égard des familles rattachées à la leur par le lien de la clientèle. Mais la plus grande obscurité plane sur la nature de la clientèle, et je me borne à indiquer ce point.

(2) Plus tard il y eut des *gentes* plébéiennes. On peut les expliquer de deux manières : 1° peut-être sont-ce des familles étrangères qui furent un jour admises dans la cité à titre de plébéiens, mais sans avoir passé par l'esclavage; 2° peut-être a-t-on appelé ainsi improprement ce qu'on nomme plus exactement *stirps*. Supposez que Primus, d'origine perpétuellement ingénue, ait affranchi Secundus; puis, que ce dernier ou un de ses descendants affranchisse Tertius. En cette hypothèse, les membres de la famille de Primus auront la qualité de *gentiles* à l'égard des descendants de Tertius comme à l'égard de ceux de Secundus. Mais ces derniers forment une *stirps* par rapport à Tertius et à ses descendants. Et de là un conflit possible entre le *jus gentilitatis* et le *jus stirpis*, comme on en peut voir un exemple dans Cicéron (*De Orat.*, I, 39).

qu'il cite comme un modèle, analyse ainsi les conditions constitutives de la *gentilitas* : 1° les *gentiles* portent le même nom ; 2° ils sont nés de personnes ingénues ; 3° ils ne comptent parmi leurs ancêtres que des ingénus ; 4° enfin, ils n'ont pas subi de *capitis deminutio*, c'est-à-dire ne sont pas sortis de leur famille civile.

Il est facile de voir que les *gentiles*, tels qu'on les définit dans le système que je viens d'exposer, remplissent bien toutes les conditions expressément indiquées par Cicéron. Mais à la définition de cet auteur ce système ajoute trois éléments sur lesquels il est nécessaire que je m'explique :

1° Les *gentiles* seraient unis par une communauté d'origine, et en effet, sans parler de l'extrême vraisemblance que cette supposition emprunte à l'étymologie même du mot, des textes formels de Varron (*De Ling. lat.*, VIII, 4) et de Festus (v° *Gentilis*) font descendre les *gentiles* d'un auteur commun. Tite-Live, rapportant la lutte célèbre des trois cents Fabius contre les Véiens, emploie indifféremment (II, 45 et 46) les expressions *gens Fabia* et *genus Fabium* (1), et, ce qui est plus significatif encore, il confond les mots *gens* et *familia* (II, 49). Ces arguments me paraissent décisifs, et à mes yeux, lorsque Cicéron exige, entres autres conditions de la *gentilitas*, la communauté de nom, il ne l'exige que comme signe et conséquence de la communauté d'origine.

2° Le mot *gentilitas* résumerait un ensemble de droits appartenant tout spécialement à la famille du *manumissor* par rapport à celle du *manumissus*. Voilà ce que le texte de Cicéron ne dit pas du tout, ce qu'il ne laisse pas même soupçonner, ce qui, en un mot, ne peut être tenu que pour pure hypothèse. Cette hypothèse néanmoins s'autorise de certains textes et en rend compte : 1° Ulpien (*Collat. leg. Mos.*, tit. 16, cap. 8 § 2), après avoir expliqué les règles générales des successions, ajoute que ces règles ne s'appliquent pleinement qu'autant que le défunt n'était ni *libertinus* ni *libertinæ stirpis*. C'est donc que, non-seulement pour l'affranchi, mais pour ses descendants, il y a des héritiers spéciaux. Or quels sont-ils, sinon le *manumissor* et sa famille ? Les *jura patronatus* se prolongent donc à l'égard de la descendance de l'affranchi ; 2° Paul (IV 8 § 3) dit que la succession d'un intestat appartient d'abord aux *sui heredes*,

(1) Cette synonymie des mots *genus* et *gens* se retrouve encore au Digeste (L. I *De prob.*, XXII, 3).

puis aux agnats, quelquefois seulement aux *gentiles*, ce qui semble bien présenter la succession des *gentiles* comme exceptionnelle et spéciale à quelques personnes; 3° Tite-Live (XXXIX, 19), rapporte que l'affranchie *Hispala Fecenia* reçut du sénat la *gentis enuptio*. Il y a là évidemment exemption d'une obligation qui pesait sur cette affranchie, savoir l'obligation de ne pas prendre un mari dans une classe de personnes ayant d'autres *gentiles* qu'elle : sans quoi, tombant sous la *manus*, elle eût ôté à ses *gentiles* l'espoir de recueillir ses biens. Ce texte prouve de la manière la plus péremptoire que la qualité de *gentilis* donne des droits par rapport à une famille d'affranchis; mais il ne prouve rien de plus.

3° Enfin, ces droits que la famille du *manumissor* posséderait par rapport à celle du *manumissus* ne seraient pas réciproques. Ici le système que j'ai exposé passe de la conjecture à l'erreur. Non-seulement il ajoute à la définition de Cicéron, mais il la contredit. Et en effet, le texte de cet auteur implique en principe, et cela de la manière la plus précise, la réciprocité des droits attachés à la qualité de *gentilis;* car il commence ainsi : *Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt* (1). D'où je conclus que, si l'on peut avec une grande vraisemblance rattacher à la *gentilitas* certains droits donnés à la famille du *manumissor* par rapport à celle du *manumissus*, sans aucun doute ces droits ne résument pas le *jus gentilitatis* tout entier; ils en sont un accessoire, mais non pas le principal (2).

(1) Quelques éditions portent, il est vrai, *gentiles sunt qui inter se*, etc.

(2) Il existe plusieurs autres systèmes sur la *gentilitas*. Je me contente d'en indiquer deux : 1° les *gentiles* seraient les agnats au delà du dixième degré. Dans ce système, qu'on fonde sur un texte mal interprété des Institutes (§ 5, *De succ. cogn.*, III, 5.), les droits attachés à la *gentilitas* seraient exactement les droits attachés à l'agnation. Mais alors on se demande pourquoi deux noms différents à l'effet de désigner deux choses tout à fait identiques. On se demande aussi comment Gaius (III, § 17) aurait pu prétendre qu'à son époque le *jus gentilitium* était tombé en désuétude. Dans la réalité, la dénomination seule aurait disparu, mais non pas la chose elle-même; 2° la *gens* ne serait autre chose que la décurie (δεκάς) que Denys d'Halicarnasse (II, 7) nous présente comme une subdivision de la curie, qui elle-même n'était qu'une subdivision de la tribu primitive (page 25, note 3). Les *gentes*, au début du moins, auraient donc été limitées à trois cents. Ce système, que l'on fonde principalement sur l'analogie présumée de l'organisation romaine avec l'organisation attique, telle que nous la décrit le grammairien Pollux (*Onomast.*, III, 52; VIII, 111), cadre à merveille avec un renseignement que nous donne Varron (*De Ling. lat.*, V, 83) : c'est que les curies, et par conséquent les décuries elles-mêmes, avaient leurs *sacra*. Il nous explique très-bien aussi l'espèce de déshonneur qui s'attachait au fait de n'appartenir à aucune *gens* (Horat., *Sat.*, II, 5, v. 15). Enfin, il nous rend compte pourquoi les premières

V. — DE LA DISSOLUTION DES *justæ nuptiæ*.

97. Le mariage se dissout 1° par la servitude encourue *jure civili;* 2° par la captivité; 3° par la mort de l'un des époux; 4° par le divorce (L. 1, *De divort.*, XXIV, 2) (1).

1° *Servitude encourue jure civili.* — Ici je n'ai qu'une observation à faire, c'est que Justinien, en supprimant la *servitus pœnæ* (n° 38), a singulièrement restreint l'application de ce premier mode de dissolution du mariage.

2° *Captivité.* — On a déjà vu (n° 80) que le mariage serait réputé avoir subsisté si les deux époux faits prisonniers ensemble revenaient également ensemble. Il faut donc supposer ou que l'un des deux seulement est tombé en captivité, ou que, tous les deux étant captifs, un seul est revenu, ou enfin qu'ils sont revenus tous les deux, mais à des époques différentes. Dans le droit de Justinien, la captivité de l'un des époux n'opère dissolution du mariage qu'après cinq ans : jusque-là l'époux présent ne peut pas se remarier *temere*, c'est-à-dire que par un second mariage il encourt les peines applicables au conjoint qui a donné lieu au divorce par sa faute (L. 6, *De divort.*, XXIV, 2) (2).

gentes furent toutes patriciennes : c'est que les tribus ne comprenaient que la race conquérante. Le défaut de ce système, et aussi le seul motif qui m'empêche de l'adopter, c'est qu'il fait de la *gens* une agrégation artificielle. — A mon sens, le seul bon système serait celui qui, respectant absolument la définition de Cicéron, baserait la *gentilitas* sur la communauté d'origine, sans pourtant la confondre avec l'agnation, et qui en même temps expliquant l'existence des *gentes* d'origine étrangère ou plébéienne, rendrait compte de tous les textes sur lesquels s'appuie le système évidemment incomplet que j'ai développé.

(1) La déportation et l'interdiction de l'eau et du feu, par cela même qu'elles font disparaître la qualité de citoyen romain, devraient dissoudre le mariage du condamné. Cependant plusieurs textes contredisent cette doctrine (L. 5 § 1, *De bon. damnat.*, XLVIII, 20. — L. 13 § 1, *De donat. int. vir.*, XXIV, 1. — L. 1, C., *De repud.*, V, 17). Mais ne sont-ils pas eux-mêmes en contradiction avec le principe général qui refuse le *connubium* aux pérégrins? Et, de plus, comment croire que des condamnés, qui certainement perdent la *patria potestas* sur leurs enfants conçus avant leur condamnation (Inst., § 1, *Quib. mod. jus pot. solv.*, I, 12), puissent l'acquérir sur des enfants conçus postérieurement? Il faut admettre, pour accorder les textes précités avec les principes, que le mariage se transforme en mariage du droit des gens (n° 100). Mais, par une faveur spéciale, la dot conserve son caractère : si c'est le mari qui est condamné, elle n'est pas confisquée; si c'est la femme, l'action *rei uxoriæ* ne s'éteint pas.

(2) Ce texte est placé sous le nom de Julien. Mais je n'hésite pas à en attribuer les décisions à Justinien. Car il contredit la loi 1 du même titre; et il est écrit dans un latin remarquable par son incorrection et par certaines tournures plus familières à Justinien qu'aux jurisconsultes.

A. 3° Mort de l'un des époux. — Il importait à plusieurs points de vue de distinguer si c'était la mort du mari ou celle de la femme qui dissolvait le mariage : 1° La femme veuve devait porter le deuil du mari pendant un an, et comme cette règle est fort ancienne, l'année dont il s'agit ici est l'année lunaire : elle ne comprend donc que dix mois (Senec., *Epist.*, 63, 11. — Plut., *Numa.* — *Fr. Vat.*, § 321). Quant au mari veuf, nulle obligation semblable ne lui fut jamais imposée (L. 9 pr., *De his qui not.*, III, 2). 2° Tandis que celui-ci avait toute liberté de se remarier immédiatement, la femme veuve devait attendre l'expiration de l'année de deuil. Cette règle n'était pas sanctionnée par la nullité du second mariage. Mais aux termes de l'Édit du préteur, les personnes considérées comme coupables de l'avoir violée encouraient l'infamie. Ces personnes étaient, dans tous les cas, le père de la femme et le père du nouveau mari, s'ils avaient la *patria potestas*, et qu'ils eussent en connaissance de cause ordonné ou simplement laissé faire le mariage. C'était aussi le second mari lui-même, soit qu'il fût *sui juris*, soit qu'étant *in potestate* il eût contracté le mariage sans y être contraint par son père (L. 1 ; L. 11, § 4, *De his qui not.*). Quant à la femme elle-même, fût-elle *sui juris*, il ne paraît pas qu'au début l'édit prononçât l'infamie contre elle. Mais à une époque ultérieure, qu'il est impossible de préciser, cette peine lui fut appliquée, ainsi que le constate une constitution impériale de l'année 380 (L. 1, C., *De sec. nupt.*, V, 9). Tel est le droit classique. Les empereurs chrétiens le conservèrent et y ajoutèrent des sévérités nouvelles. Désormais, en effet, la femme qui se remariait dans l'année dut perdre tout ce que son premier mari lui avait donné entre-vifs ou laissé par testament, et ne put disposer que d'un tiers de ses biens au profit de son second mari (LL. 1 et 2, C., *De sec. nupt.*, V, 9). Le veuvage imposé à la femme avait sa raison d'être dans la nécessité d'éviter une confusion de parts (*turbatio sanguinis*) : il ne fallait pas que l'enfant né dans les dix mois pût être attribué indifféremment au premier ou au second mari. De ce motif on déduisit que la femme, dans les cas exceptionnels où elle était affranchie de l'obligation de porter le deuil, n'était pas pour cela dispensée d'observer le délai de veuvage, mais que, dans tous les cas, accouchant avant l'expiration des dix mois, elle recouvrait sa pleine liberté (L. 11 §§ 1 à 3, *De his qui not. inf.*). Les empereurs chrétiens changèrent le caractère de la prohibition en substituant le délai d'un an à celui de dix mois (1) :

(1) On ne trouve indiqués au Digeste ni le délai de dix mois ni celui d'un an. Les expressions qu'il emploie sont celles-ci : *legitimum tempus, tempus luctus.*

dès lors elle reposa sur un motif de convenance tout autant que sur la crainte de la *turbatio sanguinis* (L. 2, C., *De sec.nupt.*, V, 9); 3° au point de vue de l'application des lois caducaires, le mari veuf redevenait immédiatement *celebs*. La femme, au contraire, grâce à une disposition spéciale de la loi *Papia*, avait deux ans pour se remarier (*vacatio biennii*) (Ulp., XIV).

4° *Divorce* (1). — Ce fut, à Rome, un principe toujours admis que le mariage pouvait se dissoudre, comme il se contractait, avec une entière liberté (2). Car il suppose, comme toute autre société, et bien plus encore, une affection et une confiance réciproques dont la loi est impuissante à garantir le maintien. Et de là les Romains conclurent à la nullité de toutes conventions tendant à interdire le divorce entre époux, ou portant stipulation d'une somme que le divorçant devrait payer à son conjoint à titre de peine (L. 2, C., *De inut. stipul.*, VIII, 39). Néanmoins, tant que les mœurs romaines conservèrent leur sévérité primitive, le divorce n'entra pas dans la pratique; il resta à l'état de droit abstrait; et, s'il faut en croire les écrivains anciens, notamment Valère Maxime (*Dicta factaque memor.*, II, cap. 1), Denys d'Halicarnasse (II, 25) et Aulu-Gelle (IV, 3 § 2; XVII, 21 § 44), Rome comptait plus de cinq siècles d'existence quand elle vit le premier exemple d'un divorce, celui de Spurius Carvilius Ruga (3); encore ce divorce ne fut-il pas spontané : Spurius Carvilius Ruga aimait sa femme; mais elle était stérile, et les censeurs lui avaient fait jurer qu'il épouserait une femme capable de lui donner des enfants. Ce premier divorce nous apparaît donc comme un acte de contrainte volontaire et de fidélité religieuse au serment, et néanmoins Aulu-

L'édit prétorien lui-même, tel qu'on l'y trouve rapporté, disait vaguement : *id tempus quo elugere virum moris est* (LL. I, 8, 10 pr., 11 §§ 1 et 2, *De his qui not.*). L'on peut croire que toutes ces expressions appartiennent à Justinien, qui a voulu tout à la fois ne point fausser le droit ancien en parlant d'une année, et ne pas contredire le droit de son temps en laissant subsister la mention d'un délai de dix mois.

(1) Cicéron fait remarquer (*De Orat.*, III, 40) que le mot *divortium* est employé ici dans un sens métaphorique. Proprement, il désigne le point d'intersection de deux routes qui s'écartent en des directions opposées (Virg., *Æneid.*, IX, v. 279).

(2) D'après Cicéron (*Philip.*, II, 28) la loi des Douze Tables consacrait le divorce. Par exception, le mariage du flamine de Jupiter ne pouvait pas se dissoudre ainsi (Aulu-Gelle, X, 15 § 23). Et Denys d'Halicarnasse (II, 25) affirme que dans le principe il en était de même toutes les fois que la femme était tombée sous la *manus* du mari par la solennité appelée *confarreatio*.

(3) Ce divorce remonte, selon Valère Maxime et Denys d'Halicarnasse, à l'an de Rome 520. Aulu-Gelle donne deux dates différentes, 519 et 523.

Gelle et Denys d'Halicarnasse rapportent qu'il fut critiqué par les contemporains. Trois siècles plus tard, les mœurs étaient bien changées. Il est permis sans doute de croire à l'exagération, lorsque Sénèque (*De benef.*, III, 16) s'écrie que les femmes comptent les années, non plus par le nombre des consuls, mais par celui de leurs maris, et surtout lorsque Juvénal (*Sat.*, 11, v. 229) s'emporte contre celles qui en cinq années se donnent et se retirent à huit maris successifs. Néanmoins, il ressort de l'ensemble des textes juridiques, et tout particulièrement d'un texte de Paul (L. 240, *De verb. sign.*, L, 16), que le divorce était devenu sous l'empire le mode ordinaire de dissolution du mariage. Et ce fait ne doit pas être considéré comme un simple résultat des causes naturelles qui tendaient à altérer les mœurs; il faut l'imputer aussi aux lois caducaires qui, poussant les citoyens à des unions précipitées et sans choix, accéléraient ainsi artificiellement la dégradation qu'elles prétendaient arrêter (n°s 272 et s.).

98. Le divorce n'est autre chose que la rupture volontaire du lien conjugal : il peut résulter ou du consentement mutuel des époux, et on dit alors qu'il a lieu *bona gratia*, ou de la volonté d'un seul, et alors on dit qu'il a lieu par voie de répudiation. Le divorce *bona gratia* ne fut jamais soumis à aucune forme légale, et jusqu'au règne d'Auguste il en fut de même du divorce par voie de répudiation. Dans l'usage, cependant, l'époux qui renonçait à la vie commune signifiait sa volonté à son conjoint : cette signification, appelée *repudium* et ordinairement transmise par l'intermédiaire d'un affranchi, était conçue dans l'une des deux formules suivantes : *Tuas res tibi habeto*, si elle émanait du mari, *tuas res tibi agito*, si elle émanait de la femme (Cic., *Philip.*, II, 28. — Juvénal, VI, v. 146. — L. 2 § 1, *De divort.*, XXIV, 2). Mais la preuve qu'autrefois ces formes n'avaient rien d'obligatoire, c'est que l'on discutait encore au temps de Cicéron (*De orat.*, I, 40) si le divorce pouvait résulter d'une manifestation tacite de volonté, et par exemple d'un second mariage que le mari aurait contracté sans répudiation préalablement signifiée à sa première femme. La loi Julia *De adulteriis*, sans supprimer les usages que je viens de décrire, car ils se perpétuèrent jusqu'à la fin de l'âge classique, exigea, à peine de nullité du divorce, que la volonté de répudier fût exprimée en présence de sept témoins citoyens romains et pubères (L. 9, *De divort.* — L. 1 § 1, *Unde vir*, XXXVIII, 11). C'est qu'en effet, pour des raisons nouvelles, il importait que la date du divorce fût fixée avec précision, cette date devant servir de point de départ aux divers délais pendant

lesquels la femme serait exposée à l'accusation d'adultère (page 204, note 1), incapable d'affranchir (n° 73) et dispensée de se remarier (n° 99). Le christianisme justifia l'exigence de la loi *Julia* par un motif nouveau : c'est que les mariages devraient être plus difficiles à dissoudre qu'à contracter (L. 8 pr., C., *De repud.*, V, 17).

Au surplus, c'est à compter de cette loi que la bigamie, inconcevable, si l'on eût admis les répudiations tacites (1), prit certainement place parmi les crimes. Elle fut prévue et dans une certaine mesure punie par l'édit du préteur (L. 1, *De his qui not.*, III, 2).

A. Jusqu'à présent le divorce nous apparaît comme un acte essentiellement libre, que nulle autorité ne peut ni interdire ni imposer au conjoint. On a vu cependant que l'affranchie, devenue la femme de son patron, n'est pas absolument libre de divorcer (n° 59), et que la loi *Julia* prescrit au mari la répudiation de la femme adultère, sinon il encourt les peines du *lenocinium* (page 204, note 1). Cette dernière disposition, plus fière que généreuse, et qui méconnaît la grandeur du pardon, n'aurait pas dû survivre au triomphe des idées chrétiennes. D'autre part, l'ancien droit avait admis sans difficulté que le père de famille qui avait conservé la puissance paternelle sur son enfant marié pouvait lui imposer le divorce et signifier lui-même la répudiation (2). Mais cette conséquence exorbitante de la puissance paternelle fut supprimée, en principe, par Antonin le Pieux (Paul, V, 6 § 15) ou peut-être par Marc-Aurèle (L. 5, C., *De rep.*, V, 17) (3). Le père ne con-

(1) L'adoption d'un gendre ou d'une bru sans émancipation préalable du conjoint nous offre cependant un cas de divorce tacite (n° 88). On en trouve un second lorsque le mari d'une affranchie accepte la dignité de sénateur (L. 28, C., *De nupt.*, V, 4).

(2) L'auteur de la rhétorique à Hérennius, probablement Cicéron, cite (II, 24) un vers de Pacuvius où une femme s'adresse ainsi à son père :

Cur talem invitam invitum linquere cogis?

A la fin de l'époque classique, cette femme n'eût pas eu besoin de supplier son père. Le mari l'aurait protégée en exerçant l'interdit *De uxore exhibenda* (L. 1 § 5; L. 2, *De lib. exhib.*, XLIII, 30).

(3) Ceci nous permet de comprendre un texte assez obscur de Paul (II, 19 § 2). Le jurisconsulte exprime d'abord que les fils de famille ne peuvent contracter mariage sans la volonté du père (*sine voluntate patris matrimonia jure non contrahuntur*). Puis il ajoute : *Sed et contracta non solvuntur*, d'où quelques auteurs ont conclu à tort que le défaut de consentement du père ne formait en droit romain qu'un empêchement prohibitif, et non dirimant. Ainsi entendu, ce texte contredirait tout ce que nous savons de plus certain sur la matière. D'après une interprétation plus rationnelle, Paul veut exprimer que la volonté du père est impuissante à dissoudre le mariage valablement contracté par le fils. Le texte se prête aussi à une interprétation exactement inverse : il peut signifier, ce qui fut vrai à une époque ancienne, que le fils ne saurait divorcer sans la volonté du père.

serva cette faculté qu'en cas de motif tout à fait majeur (*ex magna et justa causa*), ou lorsque la folie mettait l'enfant dans l'impuissance de manifester une volonté (L. 4, *De divort.*, XXIV, 2) (1).

99 *a*. Le divorce n'entraînait pas absolument les mêmes conséquences pour le mari que pour la femme. Le mari retombait tout de suite sous le coup de l'application des loi caducaires ; la femme, au contraire, avait, pour se remarier, un délai de dix-huit mois pendant lequel elle échappait aux déchéances du célibat (Ulp., XIV). L'un et l'autre sans doute pouvaient immédiatement convoler à un second mariage. Mais, à l'égard de la femme, la possibilité d'une grossesse antérieure au divorce donnait lieu à des mesures spéciales. Pour les comprendre, il faut envisager successivement deux hypothèses : ou la femme se prétend enceinte, ou elle prétend le contraire. Une suppression de part dans le premier cas, une supposition de part dans le second, voilà ce que l'on peut craindre et ce que l'on veut empêcher.

Quand la femme se dit enceinte, sa grossesse doit être notifiée au mari ou au père du mari dans les trente jours du divorce, soit par elle-même, soit par son père. Le mari reconnaît-il alors sa paternité : il n'a qu'à garder le silence. A-t-il du doute : il peut envoyer des gardiens. (*custodes*) chargés de surveiller la femme. Si elle les reçoit et qu'elle accouche effectivement, l'enfant sera reputé appartenir au mari, comme s'il fût né pendant le mariage. Mais si elle refuse de les recevoir, et, à plus forte raison, si elle a négligé de dénoncer sa grossesse, le mari restera pleinement libre de nier sa paternité (2), sans préjudice du droit pour l'enfant d'établir cette paternité par une action appelée *præjudicium de partu agnoscendo*. Telles étaient les dispositions du sénatus-consulte Plancien (Paul, II, 24 §§ 5 et 6. — L. 1, *De agnosc. et al. lib.*, XXV, 3).

Que si la femme prétend n'être pas enceinte et que le mari la soupçonne de mensonge, un rescrit de Marc-Aurèle autorise une vérification matérielle du fait. Cinq matrones désignées par le préteur examinent la femme ; et si à la majorité elles diagnostiquent une grossesse,

(1) Justinien veut que les enfants, en puissance ou non, ne divorcent pas sans le consentement des père ou mère, à peine de perdre la dot ou la donation *ante nuptias* que ceux-ci leur ont constituée ou ont reçue en leur nom (L. 12, C., *De repud.*, V, 17).

(2) Cette disposition mal à propos généralisée a fait croire à quelques auteurs qu'en droit romain le mari pouvait toujours à sa volonté reconnaître ou dénier sa paternité. Mais cette idée est certainement fausse (L. 9, C., *De patr. pot.*, VIII, 47).

on lui donne des gardiens; d'ordinaire, on l'envoie accoucher chez une femme de bonne réputation. L'Édit du préteur la soumet à une surveillance minutieuse, dont les détails attestent une extrême défiance et ne sont pas exempts de quelque brutalité (Paul, II, 24 § 7 à 9. — L. 1, *De inspic. vent.*, XXV, 4).

Tels sont, dans le droit classique, les effets du divorce, relativement à la personne des époux (1). Le christianisme était favorable à l'indissolubilité du mariage; et son fondateur, rejetant absolument la répudiation du mari par la femme, n'avait admis celle de la femme par le mari que dans un seul cas, celui d'adultère (saint Math., v, 32). Cet esprit nouveau n'influa pas d'abord sensiblement sur le divorce *bona gratia* qui, au début du règne de Justinien, demeure encore gouverné exclusivement par les conventions des parties (Nov. 22, cap. 4), si ce n'est qu'aux termes d'une constitution de l'empereur Anastase la femme ne peut se remarier qu'après un délai d'un an (L. 9, C., *De rep.*, V, 17). Mais plus tard, en l'année 542, Justinien défendit le divorce par consentement mutuel, à moins qu'il n'intervînt *propter castitatem*, c'est-à-dire déterminé de part et d'autre par le désir de vivre dans une continence absolue (Nov. 117, cap. 10). Quant au divorce par voie de répudiation, les empereurs chrétiens distinguèrent, pour en régler les conséquences, s'il avait lieu sans cause, ou sur le fondement d'un grief léger, ou enfin en vertu d'une cause légitime. Le divorce est-il dépourvu de cause : l'époux divorçant, si c'est la femme, est condamné à la déportation; si c'est le mari, défense lui est faite de se remarier. Le divorce n'est-il fondé que sur une cause légère : imputable à la femme, il lui ôte absolument le droit de se remarier; imputable au mari, il le lui ôte pour deux ans. Enfin le divorce dérive-t-il d'une cause légitime (et ces causes sont déterminées par Théodose et Valentinien), un nouveau mariage peut être contracté immédiatement par l'époux divorçant, si c'est le mari; au bout d'un an seulement, si c'est la femme (LL. 1 et 2, C. Th., *De rep.*, III, 16. — L. 8, C., *De repud.*, V, 17) (2).

(1) Je ne parle pas des effets du divorce, ni plus généralement des effets de la dissolution du mariage en ce qui concerne la dot. Cette matière trouvera sa place plus loin.

(2) Ce n'est là qu'un résumé incomplet des dispositions des empereurs chrétiens. Il faut consulter la novelle 117 de Justinien tout entière.

VI. — DES DIVERSES UNIONS RÉGULIÈRES AUTRES QUE LES *justæ nuptiæ*. DES EFFETS ATTACHÉS A LA FILIATION *non justa*.

100 *a*. En dehors des *justæ nuptiæ*, les textes nous révèlent trois autres espèces d'unions régulières, savoir, le concubinat, le mariage du droit des gens et le *contubernium*. Ces trois unions diffèrent entre elles, soit quant aux conditions mêmes de leur formation, soit quant à leurs effets immédiats, et abstraction faite de leur fécondité. Étudions-les d'abord à ces deux points de vue.

Du concubinat. — Ce genre d'union dut sans doute sa fréquence aux lois qui prohibaient le mariage entre les ingénus et les affranchis. On prenait pour concubine celle qu'on ne pouvait épouser (Plaut., *Épid.*, III, v. 33 et 34). Il est certain qu'au temps de Cicéron (*De orat.*, I, 40) le concubinat n'était encore qu'un simple fait sans réglementation légale, et la concubine une maîtresse vivant maritalement avec un amant (L. 144, *De verb. sign.*, L, 16). On conjecture que cette institution reçut son organisation régulière sous Auguste, et peut-être par une disposition des lois caducaires (1). Quoi qu'il en soit, le concubinat nous apparaît sous l'empire comme un mariage inférieur, mais qui n'a rien de honteux (2), et qui se distingue des *justæ nuptiæ* par la seule intention des parties et par une affection

(1) Cette conjecture est en bonne partie fondée sur l'*inscriptio* des lois 1 et 2, *De concubinis* (XXV, 7). Et elle aurait une probabilité presque égale à la certitude, si l'on admettait avec quelques interprètes un peu téméraires que les enfants issus *ex concubinatu* évitent à leurs auteurs les peines de l'*orbitas*, et valent à leur père les avantages attachés à la qualité de *pater*. Le concubinat ainsi conçu aurait eu pour but de rendre plus rare l'application des déchéances établies par les lois caducaires et plus facile l'acquisition des *præmia patrum*.

(2) La preuve que le concubinat n'emportait aucune honte, c'est qu'on ne le faisait pas rentrer dans le *stuprum*, expression qui désignait d'une manière générale tout commerce contraire aux bonnes mœurs, soit qu'il fût ou non punissable (L. 34 pr., *Ad leg. Jul., de adult.*). Une preuve encore plus forte nous est fournie par un passage de Lampridius (*Alex. Sev.*, 42). D'après ce chroniqueur, Alexandre Sévère, qui n'était pas un prince immoral, voulut que l'on fournît une concubine aux frais du trésor à tous les gouverneurs de provinces qui n'étaient pas mariés. Au surplus, il ne faut pas oublier que, les Romains ne connaissant guère les salons, les femmes avaient chez eux fort peu d'influence sur la formation de l'opinion. On s'explique ainsi que ~~chez eux~~ nul déshonneur ne s'attachât à la condition de concubine. On ne le concevrait pas dans nos sociétés modernes, où le mépris quelquefois un peu intéressé de la femme mariée pour la femme qui vit irrégulièrement rend inavouable toute union autre que le mariage.

moins digne dans sa vivacité et moins respectueuse pour la femme (Paul, II, 20. — L. 4, *De concub.*, XXV, 7).

De ce que le concubinat est un véritable mariage, il suit 1° qu'il se contracte sans plus de formalités que les *justæ nuptiæ* (1); 2° qu'il exige la puberté chez les parties (L. 1 § 4, *De concub.*); 3° qu'il ne saurait exister entre personnes que la parenté ou l'alliance rendent incapables de contracter ensemble les *justæ nuptiæ;* 4° que la même personne ne saurait être successivement la concubine de ceux dont elle ne pourrait être successivement la femme légitime (L. 1 § 3, *De concub.*) (2); 5° que le concubinat est incompatible avec un mariage non dissous, nul ne pouvant avoir à la fois une femme légitime et une concubine (L. unic., C., *De concub.*, V, 26) (3). Mais ce mariage, ai-je dit, présente une notable infériorité par rapport aux *justæ nuptiæ*. Ainsi il ne donne pas à la femme le rang social de l'homme (L. 49 § 4, *de leg.* 3°, XXXII) et d'une façon plus large il n'établit pas entre eux cette égalité qui est de l'essence des *justæ nuptiæ*, et c'est pourquoi on l'appelle *inæquale conjugium* (L. 3, C., *De nat. lib.*, V, 27). Ainsi encore on ne donne pas à la concubine le nom respecté de *materfamilias* (L. 41 § 1, *De rit. nupt.*), et cela sans doute parce que d'ordinaire les concubines n'étaient ni des femmes d'un rang social très-élevé, ni des femmes dont le passé fût sans tache. Enfin, on peut poser en règle générale, sinon absolue, que les effets produits entre époux par les *justæ nuptiæ*, notamment la sanction rigoureuse qu'entraîne l'adultère de la femme, ne sont pas attachés au concubinat (Plaut., *Trinum.*, III, 2, v. 64 et 65. — L. 17 pr., *Rer. amot.*, XXV, 2. — L. 3 § 1, *De donat. int. vir.*, XXIV, 1. — L. 13 pr., *Ad leg. Jul.*, *de adult.*, XLVIII, 5) (4). Cependant cette union produit l'*affinitas*.

(1) Il est vrai qu'un texte attribué à Marcien (L. 3 pr., *De conc.*) exige des témoins pour constater le concubinat avec une femme ingénue et honnête. Sinon, dit-il, il y a *stuprum*, à moins que l'homme ne consente à avoir cette femme pour épouse légitime. Mais deux raisons me font admettre que cette décision appartient à Justinien; c'est que le texte est écrit dans un latin fort incorrect, et qu'entre personnes également honorables, ce n'est pas le *stuprum* qu'on présume, mais le mariage.

(2) Ne concluons pas de ces décisions que le concubinat fût interdit partout où le *connubium* faisait défaut. Ainsi un gouverneur de province peut prendre une concubine dans sa province (L. 5, *De conc.*).

(3) Sans doute l'on ne pouvait pas non plus avoir à la fois plusieurs concubines. Si l'on trouve des textes qui paraissent contraires (Pline le Jeune, *Epist.* III, 14), c'est que le mot *concubina* y est pris dans son ancienne signification.

(4) Dans le cas spécial d'un concubinat entre le patron et son affranchie, et

D'après Vopiscus (*Aurel.*, 49), le concubinat fut défendu entre affranchis et ingénus par l'empereur Aurélien. Mais la pratique n'observa pas cette défense, et le législateur lui-même n'en tint pas compte, puisque nous voyons plus tard les empereurs Constantin et Zénon n'admettre la légitimation des enfants issus d'une concubine qu'autant que celle-ci est ingénue (n° 119). Plus de trois siècles après Justinien, l'empereur Léon le Philosophe, par sa novelle 91, supprima absolument le concubinat comme une institution contraire à l'esprit du christianisme et trop légèrement admise par le législateur ancien.

Du mariage du droit des gens. — Un mariage véritable peut se former entre pérégrins ou entre Latins, par conséquent aussi entre Latins et pérégrins, et, à plus forte raison, entre Romains et Latins ou entre Romains et pérégrins (Gaius, I, §§ 29, 66 à 78, 92). C'est ce mariage entre deux personnes libres dont l'une au moins n'est pas Romaine, qui par conséquent n'ont pas le *connubium* ensemble, que j'appelle mariage du droit des gens. Et c'est celui auquel, sans aucun doute, se réfèrent plusieurs textes parlant de *matrimonium sine connubio* ou *non legitimum* et d'*uxor injusta* (1). Cette union, supérieure au concubinat, inférieure aux *justæ nuptiæ*, n'avait aucune raison d'être entre citoyens romains; mais il fallait nécessairement la consacrer entre personnes libres que le seul arbitraire de la loi rendait incapables de contracter ensemble les *justæ nuptiæ;* sans quoi ont les eût condamnées au concubinat, dont les effets trop restreints pouvaient fort bien ne pas répondre au vœu des parties. Sauf la différence ineffaçable des nationalités, ce mariage, cela est plus que probable, communiquait à la femme la condition de l'homme. Sûrement, il rendait punissable l'adultère de la femme (L. 13 § 1, *Ad leg. Jul., de adult.*); et ceci suffit à nous prouver qu'imposant plus de

c'était peut-être bien là l'hypothèse la plus pratique, il y a des règles spéciales : la concubine est appelée *materfamilias* et peut être poursuivie pour adultère, mais sans que le mari jouisse du privilége des soixante jours (L. 13 pr., *Ad leg. Jul., de adult.* — L. 41 § 1, *De rit. nupt.*).

(1) Aux termes de la loi 37 § 2, *Ad municip.*, L, 1, les femmes engagées dans un mariage *non legitimum* payent les impôts dans leur propre patrie, non dans celle du mari. Cela implique qu'elles conservent leur *origo* et n'empruntent pas celle du mari. Est-ce là une différence entre elles et les femmes mariées en *justæ nuptiæ?* Je ne le pense pas. Car nul ne peut perdre sa patrie primitive (L. 4, C., *De munic.*, X, 38), et d'autre part le mariage n'est pas indiqué parmi les modes qui font acquérir une nouvelle patrie ou *origo* (L. 7, C., *De inc.*, X, 39). Peut-être la loi 37 § 2 confond-elle le domicile et l'*origo;* et alors elle signifierait que le mariage du *jus gentium* laisse à la femme son domicile antérieur.

devoirs que le concubinat, il était aussi plus digne et plus honoré. Mais le mari ne jouissait ici d'aucun privilége quant à la poursuite de l'adultère : le droit d'accuser sa femme lui appartenait dans les mêmes conditions qu'à tout le monde (*Collat. leg. Mosaic.*, tit. IV, cap. 5); et par là ce mariage diffère notablement des *justæ nuptiæ* (page 204, note 1).

Depuis Caracalla, les sujets de l'empire jouissant à peu près tous du droit de cité, le mariage du *jus gentium* disparut, ou peu s'en faut. Sous Justinien il perdit, par la suppression des Latins Juniens et des déditices, les rares applications qu'il avait conservées. De là une extrême disette de textes; de là aussi la difficulté de préciser dans quelle mesure ses effets s'écartent ou se rapprochent de ceux des *justæ nuptiæ* (1).

Du contubernium. — On appelle ainsi l'union continue de deux esclaves, ou de deux personnes dont l'une est esclave (2). Il est évident que la formation ou le maintien du *contubernium* ne dépend jamais de la seule volonté des parties. Car, soumises l'une ou l'autre, toutes les deux peut-être, à un maître, elles ne disposent pas malgré lui de leur propre personne. En fait, le *contubernium* dut recevoir son application la plus ordinaire entre esclaves appartenant à un même propriétaire (3). Les sévérités de la législation le rendaient presque inaccessible aux femmes libres. D'une part, en effet, le commerce avec l'esclave d'autrui les exposait, depuis le sénatus-consulte Claudien (n° 38), à tomber elles-mêmes en esclavage (4); d'autre part, Constantin, par une de ces mesures violentes qui attestent la dégradation des mœurs et l'impuissance du législateur, leur interdit, sous peine de mort, le *contubernium* avec leurs propres esclaves (L. unic., C., *De mulier. quæ se*, IX, 11) (5).

(1) Par la *causæ probatio* (n° 64), l'*erroris causæ probatio* (n° 114), ou une concession formelle du *jus civitatis* à deux époux pérégrins (n° 75), le mariage du droit des gens peut se transformer en *justæ nuptiæ*, comme le mariage romain se transforme en mariage du droit des gens lorsque l'un des conjoints perd le droit de cité (page 217, note 1).

(2) Un curieux passage de Plaute (*Casin.*, *Prolog.*, v. 67 à 77), nous apprend qu'en Grèce, en Apulie et à Carthage, on admettait un véritable mariage pour les esclaves.

(3) Dans ce cas la jurisprudence veut qu'autant que possible les esclaves unis ne soient pas séparés l'un de l'autre ni de leurs enfants (L. 35, *De æd. ed.*, XXI, 1).

(4) Sur cette hypothèse un texte du code Théodosien (L. 7, *Ad. sct. Claud.*, IV, 11) emploie fort improprement le mot *connubium*. Paul parle un langage plus exact (II, 21[a]).

(5) La constitution de Constantin est immorale en même temps que dure. Elle

Le *contubernium* ne produit entre les parties aucun effet légal. Tout au plus engendre-t-il une *affinitas* qui, le cas échéant, forme obstacle au mariage dans la même mesure que l'*affinitas* résultant des *justæ nuptiæ*.

Toute union des deux sexes qui ne rentre pas dans l'un des quatre types précédents (*justæ nuptiæ*, *concubinatus*, *matrimonium non legitimum*, *contubernium*) est considérée comme un simple rapprochement fortuit. La loi n'en règle ni la formation ni les conséquences.

101 *a*. Reste à indiquer brièvement les effets de la filiation qui ne résulte pas *ex justis nuptiis*.

Et d'abord les *liberi non justi* se partagent en deux grandes classes. Les uns ont une filiation légalement certaine à l'égard du père aussi bien qu'à l'égard de la mère : ce sont les enfants issus du concubinat, du mariage du droit des gens, ou du *contubernium*. Les autres n'ont pas de père certain, mais leur mère est aussi certaine que s'ils fussent nés des *justæ nuptiæ :* ce sont ces enfants, fruits d'une union passagère, que les Romains, dans un langage d'une énergique crudité, qualifient *vulgo concepti* ou *vulgo quæsiti* (Inst., § 4, *De succ. cogn.*, III, 5). Si ces enfants n'ont pas de père, cela tient à l'impossibilité évidente où l'on se trouve de les attribuer avec certitude, quelquefois même avec vraisemblance, à tel homme plutôt qu'à tel autre. Et il faut bien remarquer que leur filiation paternelle demeure perpétuellement incertaine, les Romains n'ayant pas conçu l'idée moderne de la reconnaissance des bâtards. Que si, malgré le vice de leur conception, on leur reconnaît une mère certaine, c'est que l'accouchement constitue un fait matériel dont la constatation est indépendante de la moralité de la femme. C'est donc très-raisonnablement que les Romains n'ont en aucune hypothèse admis l'incertitude légale de la maternité (L. 5, *De in jus voc.*, II, 4). Les *vulgo concepti* s'appellent aussi *spurii* (1).

Une règle également applicable à tous les *liberi non justi*, même

promet la liberté à l'esclave dénonciateur, et elle ne paraît pas exclure celui-là même qui dénonce les amours dont il a été l'objet.

(1) Cette dernière expression, toutefois, est un peu plus large, car elle comprend aussi les enfants issus d'un mariage contracté entre personnes qui ne pouvaient pas légalement se marier ensemble. Cette différence entre le *vulgo conceptus* et le *spurius* est bien marquée par Ulpien (V § 7). Modestin la méconnaît (L. 23, *De stat. hom.*, I, 5). Au surplus, parmi les enfants issus de pareils mariages, il y en a qui dans la législation du Bas-Empire sont frappés d'incapacités spéciales. Ce sont les enfants adultérins ou incestueux (n° 471 *in fine*). La législation classique se contentait de ne pas leur reconnaître de père certain.

à ceux qui ont une filiation paternelle certaine, c'est qu'ils suivent la condition de leur mère. Ce principe nous a déjà servi à déterminer quels enfants naissent libres ou esclaves, et, à l'égard de ceux qui naissent libres, quelle est leur nationalité originaire (nos 37 et 46). Il en faut déduire encore que ces enfants, quand ils naissent libres, naissent nécessairement *sui juris*, par conséquent sans agnats, et qu'ils empruntent l'*origo* et probablement aussi le domicile de leur mère (L. 1 § 2, *Ad municip.*, L, 1).

Voici maintenant à quels points de vue il est essentiel de distinguer parmi ces enfants ceux qui ont un père certain et ceux qui n'ont qu'une mère certaine :

1° L'enfant qui a un père certain pourra plus tard tomber sous sa puissance par certains modes spéciaux. Pour les enfants nés *ex matrimonio non justo*, l'ancien droit avait admis la *causæ probatio*, l'*erroris causæ probatio* et le rescrit du prince. Pour les enfants *ex concubinatu*, et même pour certains enfants issus *ex contubernio*, les empereurs chrétiens imaginèrent ce qu'on appelle proprement la légitimation.

2° Certains effets attachés à la filiation légitime sont aussi attachés à la filiation *non justa;* ce sont ceux que l'on considère comme dérivant moins de la loi que de la nature (*pietas naturalis*, L. 1 § 1, *De obseq.*, XXXVII, 15); mais par la force des choses, quand l'enfant sera *spurius*, ils se restreindront à ses rapports avec la mère; s'il a un père certain, ils s'appliqueront aussi dans ses rapports avec le père. Ces effets sont les suivants : 1° le lien de la cognation se forme entre l'enfant et ses auteurs ou leurs cognats, et de là, comme on l'a vu (n° 87), un obstacle au mariage; de là aussi des droits de succession réciproques, sinon d'après les Douze Tables, du moins d'après les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien et selon la législation prétorienne (nos 433 et 456). Toutefois, il convient de remarquer que jusqu'à Justinien, la *cognatio servilis*, c'est-à-dire la parenté qui s'établissait entre personnes dont l'une n'était pas actuellement libre, ne put jamais engendrer aucun droit de succession (nos 431, 434, 436, 456). C'est en ce sens que l'on considérait l'enfant né en esclavage comme civilement dépourvu de mère (Paul, IV, 10 § 2), et que l'on disait : *servilis cognatio ad leges non pertinet* (L. 10 § 5, *De grad.*, XXXVIII, 10); 2° l'obligation alimentaire prend naissance entre l'enfant et ses parents (L. 5 § 4, *De agnosc. et al. lib.*, XXV, 3) (1); 3° la

(1) Mais il ne paraît pas qu'ici la charge des enfants incombe jamais au père de préférence à la mère. Et c'est pourquoi le divorce entre deux personnes mariées

reverentia est due par l'enfant à ses auteurs (L. 4 § 3; L. 6, *De in jus voc.*, II, 4); 4° un certain nombre d'enfants *vulgo concepti* procurent à leur mère le *jus liberorum* (Inst., § 7, *De sct. Tertull.*, III, 3). Donc, à plus forte raison, des enfants issus du concubinat le lui donnent aussi, et je tiens pour certain qu'ils le procurent également à leur père (*Fr. Vat.*, § 194) (1).

DE L'ADOPTION.

SOMMAIRE : I. Généralités. — II. Des formes à suivre pour l'adoption proprement dite et pour l'adrogation. — III. Des effets de l'une et de l'autre. — IV. Des personnes qui ne peuvent pas adopter ou adroger. — V. Des personnes qui ne peuvent être adoptées ou adrogées.

I. — GÉNÉRALITÉS SUR L'ADOPTION.

Lib. I, tit. XI, *De adoptionibus*, pr. — Non solum naturales liberi (2), secundum ea quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii quos adoptamus (Gaius, I, § 97).

Ce ne sont pas seulement nos enfants selon la nature qui, ainsi que nous l'avons dit, se trouvent sous notre puissance; ce sont encore ceux que nous adoptons.

102. L'adoption est un acte solennel qui, faisant tomber un citoyen romain sous la puissance d'un autre citoyen romain, établit artificiellement entre eux les mêmes relations civiles qu'eût engendrées la procréation naturelle *ex justis nuptiis*. Son but même indique qu'elle appartient au *jus civile;* d'où il faut conclure, non pas qu'elle soit nécessairement inconnue de tous les peuples pérégrins (3), mais seu-

sine connubio, c'est-à-dire unies par un simple mariage du droit des gens, n'autorise pas le mari à exercer sur la dot les retenues qu'il exercerait *propter liberos*, s'il y avait eu *justæ nuptiæ* (Cicér., *Top.*, 4).

(1) Les enfants issus *ex contubernio* ne donnent pas à leurs auteurs, devenus libres, le *jus liberorum*. Il faut, au surplus, remarquer que la filiation *ex contubernio* ne produit, en principe, aucun effet, tant que l'enfant et son auteur ne sont pas tous les deux libres. On a vu, cependant, qu'elle fournit une *justa causa manumissionis*, soit au maître qui n'a pas vingt ans, soit à l'égard de l'esclave qui n'en a pas trente (nos 62 et 70).

(2) L'expression *naturales liberi*, opposée ici à *liberi adoptivi*, désigne ailleurs, par opposition aux *liberi justi*, les enfants qui ne sont pas issus *ex justis nuptiis* (voir le titre *De naturalibus liberis*, C., V, 27).

(3) Il est certain que les principales législations de la Grèce admettaient l'adoption. Cicéron rapporte (*Epist. famil.*, XIII, 19) qu'un de ses clients, exilé et devenu citoyen de la ville de Patras, en fit une *Patrensium legibus*.

lement que les lois romaines ne lui assurent d'effet qu'entre citoyens romains.

A. Si l'adoption occupe à Rome une place considérable dans le droit privé, si elle y présente une importance pratique dont nos mœurs modernes s'étonnent, cela vient de ce qu'elle servait des intérêts politiques et religieux que nous ne connaissons plus, mais qui sont l'essence même de la constitution primitive des Romains. Un homme n'a pas de descendants mâles : avec lui une famille va s'éteindre ou perdre une de ses branches. C'est un nom glorieux peut-être, ce sont d'antiques traditions qui périront. Les images vénérées des ancêtres, exilées de leur sanctuaire, iront garnir une maison étrangère où leur langage muet ne sera plus compris; et la cité comptera un culte privé de moins, ou bien ce culte aura passé aux mains indifférentes d'un héritier qui n'aura ni le sang ni les traditions du défunt. Par l'adoption l'homme perpétue son nom, sa famille, son culte; sa personne physique mourra, mais sa personnalité politique et religieuse ne mourra pas (Cic., *pro Domo*, 13). Ainsi s'explique le fréquent usage de l'adoption dans une cité aristocratique et conservatrice, avide de perpétuer avec ses grands noms les traditions politiques et religieuses qui s'y rattachent. Conclurons-nous de là que cette institution dut nécessairement périr, le jour où les Césars eurent écrasé l'aristocratie romaine sous l'inflexible niveau de leur despotisme, et où les vieilles croyances religieuses eurent disparu par la double influence de la dissolution des mœurs et du progrès des idées? L'histoire démentirait cette conclusion. Il est certain que l'adoption ne perdit pas son caractère pratique sous l'empire. Et cela s'explique non-seulement par la puissance de l'habitude une fois contractée, mais encore par cet amour-propre naturel qui pousse même les plus obscurs à vouloir perpétuer leur nom, et peut-être aussi par l'avantage que les Romains trouvaient à laisser des *sui heredes* plutôt que des *heredes extranei* (n° 320). L'adoption subsista donc dans un milieu social où certainement elle ne serait pas née.

Les textes distinguent deux espèces d'adoption, l'une applicable aux personnes *alieni juris*, l'autre aux personnes *sui juris*. La première garde plus spécialement le nom d'adoption (1), la seconde s'appelle adrogation (L. 1 § 1, *De adopt.*, I, 7).

(1) Aulu-Gelle l'appelle *adoptatio* (V, 19 § 2).

II. — DES FORMES A SUIVRE, SOIT POUR L'ADOPTION PROPREMENT DITE, SOIT POUR L'ADROGATION.

Lib. I, tit XI, *De adoptionibus*, § 1. — Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve qui quæve sui juris sunt : quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptare licet eos easve qui quæve in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

Mais l'adoption se fait de deux manières, soit par rescrit du prince, soit par l'autorité du magistrat. On peut adopter avec l'autorisation de l'empereur ceux ou celles qui sont *sui juris*, et cette espèce d'adoption s'appelle adrogation. Par l'autorité du magistrat on peut adopter ceux ou celles qui sont en la puissance de leurs ascendants, soit qu'ils se trouvent au premier degré, comme un fils ou une fille, ou à un degré postérieur, comme un petit-fils, une petite-fille, un arrière-petit-fils, une arrière-petite-fille.

§ 6. — Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest quam nepotem in locum filii.

Et l'on peut aussi bien adopter le fils d'un tiers à titre de petit-fils que le petit-fils de ce tiers à titre de fils.

§ 7. — Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex eo filio quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet, in eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus heres adgnascatur. Sed ex contrario, si avus ex alio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.

Mais si, adoptant quelqu'un comme petit-fils, on donne pour père à l'adopté un fils que l'on a sous sa puissance, soit en vertu d'une adoption, soit naturellement, en pareil cas le consentement de ce fils lui-même est nécessaire, afin qu'il ne lui naisse pas d'héritier sien malgré lui. Que si, à l'inverse, un aïeul donne en adoption le petit-fils issu de son fils, le consentement de celui-ci est inutile.

Lib. I, tit. XII, *Quibus modis jus potestatis solvitur*, § 8. — Sed et si pater filium quem in potestate habet, avo vel proavo naturali, secundum nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit, id est, si hoc ipsum actis in-

Mais si un père ayant son fils en sa puissance le donne en adoption à l'aïeul ou au bisaïeul naturel, conformément aux constitutions que nous avons rendues sur cette matière, c'est-à-dire s'il manifeste sa volonté par acte public devant le

tervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsente eo qui adoptatur et non contradicente, necnon eo præsente qui adoptat, solvitur jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona et adoptionem esse plenissimam antea diximus.

juge compétent, en la présence et sans contradiction de l'adopté, et l'adoptant étant pareillement présent, le droit de puissance du père naturel se dissout et passe à ce père adoptif, en la personne duquel nous avons déjà dit que l'adoption produit l'effet le plus plein.

103. Les formes diffèrent profondément, selon qu'il s'agit d'adoption ou d'adrogation. Pour s'expliquer cette différence et se rendre compte de la nature même de ces formes, deux observations préalables sont nécessaires : 1° quand il s'agit d'une adoption proprement dite, il y a deux résultats à produire, savoir : l'extinction de la puissance paternelle actuellement existante et la création d'une nouvelle puissance paternelle. Dans l'adrogation, au contraire, on ne poursuit que ce second résultat; 2° l'adrogation présente un danger qui ne se rencontre pas dans l'adoption. Elle peut, en effet, contrairement à l'esprit général de l'institution, avoir pour résultat d'éteindre une famille et un culte. C'est ce qui arrive quand l'adrogé est le dernier de sa famille. Et voilà pourquoi Cicéron (*pro Domo*, 14), attaquant devant les pontifes l'adoption du patricien Clodius par le plébéien Fontéius, s'écrie que, si on la tient pour valable et qu'elle trouve des imitateurs, il ne restera bientôt plus ni cultes privés ni patriciens. La volonté des parties sera donc moins libre dans l'adrogation que dans l'adoption.

Formes de l'adoption. — Ces formes ne sont plus dans le droit de Justinien ce qu'elles étaient dans le droit ancien. Pour comprendre les formes anciennes, il faut savoir que, d'après les Douze Tables, le père perdait définitivement sa puissance quand il avait mancipé trois fois son fils, une fois sa fille ou son petit-enfant (Ulp., X § 1). Ici donc il mancipe son enfant, soit à l'adoptant lui-même, soit à un tiers, absolument comme s'il voulait le rendre *sui juris*. S'il s'agit d'un fils, l'acquéreur l'affranchit, et l'enfant retombe de plein droit sous la puissance du père. Une seconde mancipation et un second affranchissement interviennent avec le même résultat. Le père fait alors une troisième mancipation; mais l'acquéreur, au lieu d'y répondre par un troisième affranchissement qui rendrait le fils *sui juris*, le remancipe au père. C'est ce qu'il ferait après la première et unique mancipation, s'il s'agis-

sait d'une fille ou d'un petit-enfant. Désormais la puissance du père naturel est éteinte et remplacée par celle qu'on appelle *mancipium*. Dans cette situation, les parties, c'est-à-dire le père naturel, l'adopté et l'adoptant, se rendent devant le magistrat (*in jus*); et là l'adoptant, feignant de posséder déjà le droit qu'il se propose d'acquérir, revendique l'enfant comme son fils. Le père, interrogé par le magistrat, reconnaît cette revendication fondée ou se tait, et le magistrat rend une *addictio* ou déclaration conforme à la prétention de l'adoptant (Gaius, I, § 134). De là les expressions suivantes : *adoptare apud prætorem* ou *imperio magistratus* (Gaius, I, §§ 98 et 101). Nous trouvons ici une application de l'*in jure cessio*, mode d'acquérir la propriété qui n'est lui-même qu'une simulation de la *legis actio* assez semblable à celle que l'on a étudiée dans l'affranchissement *vindicta* (n° 54).

Gaius, dans quelques lignes restées illisibles (I, § 134), indiquait l'existence d'un autre procédé pour créer la puissance paternelle au profit de l'adoptant. Mais celui que je viens de décrire paraît avoir été le plus suivi, ce qui ne l'empêche pas de présenter une bizarrerie frappante : c'est que l'adoptant revendique une puissance paternelle qui n'existe plus, et que le père lui transmet ce qu'il a perdu. Répondra-t-on, pour justifier ce procédé, que la puissance paternelle, à la différence du *mancipium*, ne se prête pas à une transmission directe? soit; mais cette explication n'explique rien, puisque ce n'est pas le *mancipium*, mais bien la puissance paternelle que l'adoptant acquiert.

Dans le droit de Justinien, les choses se passent avec beaucoup plus de simplicité. Il suffit que le père naturel déclare sa volonté devant le magistrat en présence de l'adoptant et de l'adopté, et que cette volonté soit constatée dans les *acta publica* (§ 8 *sup.* — L. 11, C., *De adopt.* VIII, 48).

104 *a*. Reste à faire deux observations importantes :

1° L'adoption, comme la *vindicta* (n° 54), constitue un acte de juridiction gracieuse, d'où les textes concluent notamment : 1° que le droit d'y procéder ne peut faire l'objet d'une délégation (L. 3, *De offic. proc.*, I, 16) (1); 2° que le magistrat y procède valablement même en dehors de son tribunal ou un jour férié (L. 2 pr., *De offic. proc.* — Paul, II, 25 § 3); 3° qu'un fils de famille peut y figurer à la

(1) Gaius parlant (I, § 101) d'une adoption *apud proconsulem legatumve*, ne me contredit pas. Ce *legatus* n'est autre, en effet, que le *legatus Cæsaris* (page 123, note 2).

fois comme adopté et comme magistrat, et que réciproquement le père de famille magistrat peut donner son fils en adoption par-devant lui-même (LL. 3 et 4, *De adopt.*, I, 7).

2° L'adoption ne comporte ni terme ni condition. Et cela s'explique aisément, soit qu'on envisage la forme de cet acte, soit qu'on s'attache à son but. Dans la forme, il suppose l'intervention de la mancipation, de la *manumissio vindicta* et de l'*in jure cessio*, trois actes qui, impliquant affirmation d'un droit dès à présent certain et irrévocable, excluent l'apposition expresse d'un terme ou d'une condition. Quant au but de l'adoption, il consiste à créer la puissance paternelle au profit de l'adoptant : or on ne comprend pas une paternité temporaire ou conditionnelle (L. 34, *De adopt.*). Ce second motif, encore exact sous Justinien, est plus énergique que le précédent en ce qu'il exclut même la condition et le terme tacites. Est-ce à dire qu'il n'y ait aucun intérêt à distinguer si ces modalités ont été exprimées formellement ou sous-entendues? Je ne le pense pas. Exprimées, elles emporteraient nullité de l'opération entière (L. 77, *De reg. jur.*, L, 17). Sous-entendues, elles pourront n'être que réputées non écrites, cela s'il s'agit d'un terme *ad quem* ou d'une condition *ad quam*. Par exemple, je vous donne mon fils en adoption, sous cette condition, convenue entre nous, mais non exprimée dans les formules de l'acte solennel, qu'après trois ans vous me le rendrez par la voie d'une adoption nouvelle. Les trois ans écoulés, je serai sans action contre vous (L. 34, *De adopt.*), et vous garderez votre puissance paternelle.

105. *Formes de l'adrogation.* — Il faut ici distinguer trois époques dont les points de séparation ne sauraient être fixés par des dates absolument précises :

Première époque. — Deux conditions sont requises : 1° une approbation du projet d'adrogation par le collége des pontifes; 2° une *lex curiata* (Cic., *pro Domo*, 13, 14, 29. — Aul.-Gell., V, 19. — Gaius, I, § 99). Le rôle des pontifes consiste à examiner si l'adrogeant remplit les conditions d'âge, et quel but il se propose, notamment si l'adrogation ne déguise pas une spéculation pécuniaire, si elle ne tend pas à amoindrir le respect des *sacra* ou à abaisser la dignité d'une famille, soit celle de l'adrogeant, soit celle de l'adrogé. Devant les curies, trois questions sont adressées, sans doute par le président des comices, l'une à l'adrogeant : veut-il avoir l'adrogé pour *justus filius?* la seconde à l'adrogé : consent-il à ce que l'adrogeant acquière sur lui le droit de vie et de mort? la troisième enfin au peuple : veut-il consacrer la vo-

lonté des parties? Comme on le voit, tandis que dans l'adoption proprement dite le magistrat ne fait que prêter son concours à un acte dont il n'est pas le juge, ici le rôle des pontifes et du peuple présente une bien autre importance : ils sont juges souverains, ils font vraiment l'adrogation. Mais comme la décision définitive appartient au peuple, comme il dépend de lui, non pas sans doute d'admettre une adrogation rejetée par les pontifes, mais bien de rejeter le projet qu'ils auraient approuvé, on dit que l'adrogation se fait *per populum* ou *auctoritate populi*.

Deuxième époque. — On a vu précédemment (n° 13), que d'assez bonne heure les curies cessèrent de se réunir et qu'on appela *curiata comitia* une réunion de trente licteurs sous la présidence du magistrat. Ce changement était certainement consacré au temps de Cicéron, et c'est ce qui nous permet de comprendre que trois heures eussent suffi à réaliser l'adrogation précipitée de Clodius (Cic., *pro Domo*, 16). Il est évident que dans ces comices simulés, les trente licteurs n'étaient que d'inutiles figurants, et que l'autorité des pontifes fut désormais souveraine et seule réelle en matière d'adrogation. Que si les jurisconsultes et les auteurs classiques nous présentent encore cet acte comme se faisant *per populum* (Gaius, I, § 98. — Ulp., VIII § 2), c'est qu'ils se réfèrent au vieux droit toujours vivant en théorie, et non pas à la forme nouvelle dans laquelle il s'applique. Et lorsqu'on trouve chez eux la mention de la *lex curiata* (Suét., *Oct. Aug.*, 65. — Tacit., *Hist.*, I, 15), il ne faut pas être dupe des mots : ce qu'ils appellent ainsi, conformément à la langue du temps, c'est la décision des trente licteurs. Tacite résume donc très-fidèlement l'état du droit à son époque, quand il présente l'adrogation de Pison par Galba comme faite *lege curiata apud pontifices*. La loi curiate n'est plus qu'une forme; c'est vraiment devant les pontifes que l'adrogation se fait. Aussi faut-il s'étonner que Gaius laisse à peine soupçonner leur intervention par une allusion accidentelle (I, § 102).

Troisième époque. — Il était dans la marche logique des choses que la volonté du prince se substituât, ici comme ailleurs, à celle du peuple. Ce changement nous apparaît consacré sous Dioclétien (LL. 2 et 6, C., *De adopt.*, VIII, 48), et il se manifeste par un langage nouveau : on dit que l'adrogation s'opère *principali rescripto* ou *auctoritate imperatoris* (§ 1 *sup.*). Dès lors l'enquête que faisaient autrefois les pontifes fut faite par les magistrats, et le rescrit portant adrogation dut être insinué dans leurs actes (L. 2, C., *De adopt*) (1).

(1) Les auteurs littéraires mentionnent encore une adoption faite par testament

106. De la diversité des formes anciennement suivies soit pour l'adoption, soit pour l'adrogation, résultaient entre ces deux actes deux différences importantes : 1° tandis que la présence d'un magistrat dans chaque province romaine rendait l'adoption possible partout, l'adrogation était inconcevable hors de Rome ; car là seulement se réunissaient les comices par curies (Gaius, I, § 100). Cette première différence, déraisonnable en elle-même, disparut le jour où l'adrogation se fit par rescrit impérial ; 2° l'adrogation exigeait le consentement formel de l'adrogé, puisqu'on lui demandait dans les comices si sa volonté était bien de se soumettre à la puissance de l'adrogeant. Tout au contraire, dans la solennité de l'adoption, l'adopté jouait un rôle muet. On ne conclut pas de là que l'adoption fût possible contre le gré de l'enfant, mais on en conclut que son consentement exprès n'était pas nécessaire. Il suffisait qu'il ne s'opposât pas ou ne pût pas s'opposer à la volonté de son père (L. 5, *De adopt.*, I, 7) ; et de là la possibilité de donner en adoption un *infans* ou un fou (L. 42, *De adopt.*). Cette différence entre l'adrogation et l'adoption survécut aux formes dont elle était la conséquence, et elle devait leur survivre (§ 8 *sup.*). On peut présumer, en effet, qu'un père ne disposera pas témérairement de son fils ; celui-ci, d'ailleurs, ne passe pas nécessairement d'une condition meilleure à une condition pire : il était *alieni juris*, il reste *alieni juris*. Il n'a fait que changer de père. Quand au contraire il s'agit de soumettre un père de famille à la puissance paternelle, il est assez naturel que ce résultat ne soit pas l'œuvre d'une volonté tierce et même qu'il exige le consentement formel de l'adrogé : car ce changement de condition peut lui causer un grave préjudice.

En sens inverse, les formes de l'adrogation et de l'adoption conduisaient, malgré leur différence, à des résultats identiques sur trois autres points : 1° l'une et l'autre exigeaient la présence de l'adopté ou de l'adrogé. Tel est le droit formellement maintenu par Justinien en matière d'adoption (§ 8 *sup.*). Quant à l'adrogation, du jour où elle put se faire par

Cicéron (*Brut.*, 58) en donne un exemple. Suétone cite celui d'Octave ainsi adopté par César (*J. Cæs.*, 83). Mais cette adoption n'obtenait son effet que par une loi ou un rescrit postérieur (App., *De Bell. civ.*, III, 14, n. 94). Il est évident qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'à des pères de famille, et qu'ainsi elle rentre dans l'adrogation. Car ni un testateur, ni le peuple ou l'empereur ne peuvent soustraire un fils de famille à la puissance de son père. C'est peut-être à cette adoption testamentaire que Modestin fait allusion, en disant que l'empereur peut confirmer une adoption *non jure facta* (L. 38, *De adopt.*, I, 7).

rescrit, elle n'exigea plus la présence d'aucune des parties (1); 2° ni l'adoption ni l'adrogation ne comportaient l'apposition d'un terme ou d'une condition. Ce résultat, déjà expliqué pour l'adoption (n° 104), se justifie, quant à l'adrogation, par l'impossibilité de comprendre qu'une loi une fois votée n'ait pas une existence immédiate et certaine ou qu'elle la perde soit par le laps de temps, soit par un événement quelconque. Quand ce motif tiré de la forme eut disparu, la même doctrine se soutint ici, comme pour l'adoption, par cette raison plus sérieuse que la paternité ne saurait être temporaire ou conditionnelle; 3° l'une et l'autre forme d'adoption se prêtaient à ce que l'adopté tombât sous la puissance de l'adoptant, soit à titre de fils, et c'était l'ordinaire, soit à titre de *nepos* ou *pronepos*, etc. Dans ce dernier cas, l'adoptant pouvait assigner parmi ses enfants un père à l'adopté ou ne point lui en assigner (L. 43, *De adopt.*). S'il lui en donnait un, le consentement de ce dernier était exigé par application de la règle : *Nemo invitus suos heredes habere potest* (§ 7 *sup.*).

III. — EFFETS DE L'ADOPTION ET DE L'ADROGATION.

Lib. I, tit. II, *De adoptionibus*, § 2. — Sed hodie ex nostra constitutione, quum filiusfamilias a patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura potestatis patris naturalis minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et le-

Mais aujourd'hui, en vertu de notre constitution, quand le père naturel donne son fils en adoption à un étranger, sa puissance n'est nullement dissoute; aucun de ses droits ne passe au père adoptif, et l'adopté, bien que nous lui ayons donné des droits à la succession légitime de ce dernier, ne tombe pas en sa puissance. Que si au contraire l'adoptant n'est pas un étranger, mais bien l'aïeul maternel de l'enfant, ou si le père naturel, ayant été lui-même émancipé, le donne en adoption à l'aïeul paternel, semblablement si l'adoptant est un bisaïeul ou paternel ou maternel, en ces cas, comme les droits résultant et de la nature et de l'adoption se réunissent en une même personne, le droit du

(1) Cependant Justinien conserve un texte qui exige la présence de l'adrogé (L. 24, *De adopt.*).

gitimo adoptionis nodo constrictum, ut et in familia et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

père adoptif garde toute sa force, formé qu'il est par un lien naturel et resserré légalement par l'adoption, de sorte que l'enfant se trouve en la famille et sous la puissance d'un pareil père adoptif.

§ 8. — In plurimis autem causis adsimilatur is qui adoptatus vel adrogatus est ei qui ex legitimo matrimonio natus est. Et ideo si quis per imperatorem, sive apud prætorem vel apud præsidem provinciæ non extraneum adoptaverit, potest eumdem alii in adoptionem dare (Gaius, I, § 105).

A bien des égards, on assimile l'adopté ou l'adrogé à un enfant né d'un mariage légitime. Et c'est pourquoi celui qui a fait une adoption quelconque par rescrit impérial, ou qui a adopté son descendant devant le préteur ou le président de la province, peut donner l'adopté en adoption à une autre personne.

§ 11. — Illud proprium est adoptionis illius quæ per sacrum oraculum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tanquam nepotes. Sic enim et divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit, ut protinus adoptione facta incipiat Germanicus Augusti nepos esse (Gaius, I, § 107).

Un caractère particulier à l'adoption faite par rescrit du prince, c'est que l'adrogé ayant des enfants en sa puissance, ne tombe pas seul sous celle de l'adrogeant, mais il y entraîne ses enfants qui y passent à titre de petits-enfants. C'est ainsi, en effet, que le divin Auguste n'adopta Tibère qu'après que celui-ci eut lui-même adopté Germanicus, afin que par cette adoption Germanicus devînt immédiatement le petit-fils d'Auguste.

107. Il faut distinguer ici entre le droit ancien et le droit de Justinien.

Les effets communs se résument tous dans celui-ci : l'adopté passe sous la puissance de l'adoptant au même titre qu'un descendant issu *ex justis nuptiis*. Deux idées sont contenues dans cette formule : 1° l'adopté, d'une part, entre dans la famille de l'adoptant, et s'il y entre comme héritier sien, c'est-à-dire sans intermédiaire, il rompt le testament de son nouveau père (Gaius, II, § 138) (1); dans tous les cas il

(1) L'adoption *loco nepotis quasi ex filio vivo* ne romprait donc pas le testament (L. 33 § 1, *De lib. et post.*, XXVIII, 2).

lui emprunte son nom (1) et ses *sacra* (Cic., *pro Domo*, 13), se trouve désormais uni à ses agnats, même malgré eux, par le double lien de l'agnation et de la cognation (LL. 7 et 23, *De adopt.* — L. 7, *De in jus voc.*, II, 4), ne peut se marier sans son consentement, peut être donné par lui en adoption à un tiers, etc.; 2° d'autre part, il sort de sa famille originaire et y perd, sauf les droits qui résultent de la cognation, tous ceux qu'il acquiert dans celle de l'adoptant, car nul ne peut appartenir à la fois à deux familles.

Est-ce à dire que l'adoption efface tous les effets de la filiation originaire, et établisse entre l'adopté, l'adoptant et la famille de ce dernier des rapports de tous points identiques à ceux qui résultent de la filiation véritable? Non. Si nous envisageons l'adoption encore subsistante, voici une série de décisions par lesquelles son effet va nous apparaître beaucoup moins plein que celui de la naissance *ex justis nuptiis :* 1° l'adoptant n'échappe pas aux déchéances que les lois caducaires attachent à l'*orbitas*, et à plus forte raison ne peut prétendre aux *præmia patrum* (L. 51 § 1, *De leg.* 2°, XXXI) (2); 2° l'adopté ne compte pas à son père adoptif pour l'acquisition du *jus liberorum* (L. 2 § 2, *De vac. mun.*, L, 5. — Inst., pr., *De excus.*, I, 25); 3° si l'adoptant est un affranchi, le patron n'est pas écarté de sa succession, comme il le serait par un enfant selon la nature (Gaius, III, § 41). A ces trois points de vue, l'adopté reste juridiquement l'enfant de son véritable père; 4° il acquiert bien la *dignitas patris adoptivi* (3); mais, en sens inverse, il ne descend pas à la condition du père adoptif, si cette condition est inférieure à la sienne. Tel est du moins le droit classique (4);

(1) Toutefois l'adopté conserve son propre nom, en en transformant ordinairement la terminaison *us* en *anus*. C'est ainsi que le fils de Paul Émile, adopté par un fils de Scipion l'Africain, devient Scipio Æmilianus, et qu'Octave adopté par César devient Cæsar Octavianus. Il est remarquable que sous l'empire les noms terminés par cette désinence *anus* se multiplient; cela indique que beaucoup de familles ne s'étaient perpétuées que par l'adoption.

(2) On peut croire toutefois que les lois caducaires n'avaient pas statué expressément sur les effets de la paternité adoptive. Car la décision que je rapporte appartient à un sénatus-consulte rendu sous Néron (Tacit., *Annal.*, XV, 19).

(3) Cependant l'affranchi adopté par un ingénu n'était pas relevé de son infériorité sociale (L. 46, *De adopt.*—L. 32, *De rit. nupt.*, XXIII, 1.—Aulu-Gelle, V, 19 § 12).

(4) L'exemple du patricien Clodius, qui se fit adopter par un plébéien dans l'unique but d'acquérir l'aptitude au tribunat, prouve qu'à cet égard le droit avait changé depuis Cicéron. Comme de plus Clodius fut immédiatement émancipé par son père adoptif, et que néanmoins il resta plébéien, on peut croire que dans le principe l'adopté conservait, même après l'adoption dissoute, le rang social que lui avait donné son entrée dans la famille adoptive (Cic., *pro Domo*, 14).

et en conséquence, un fils de sénateur, adopté par un *plebeius*, reste fils de sénateur (L. 35, *De adopt.* — L. 6 § 1, *De sen.*, I, 9); 5° l'adopté acquiert la patrie (*origo*) de l'adoptant, sans perdre sa patrie originaire. Si donc ces deux patries sont distinctes, il est en deux endroits apte aux honneurs municipaux et soumis aux *munera civilia* (L. 7, C., *De adopt.*, VIII, 48); 6° il ne devient pas le cognat des simples cognats de l'adoptant, mais seulement de ses agnats (L. 7, *De in jus voc.*, II, (4); 7° enfin, l'alliance ne résulte jamais de l'adoption (L. 4 § 10, *De grad.*, XXXVIII, 10).

Que si nous supposons la puissance de l'adoptant dissoute par l'émancipation ou par une autre adoption, il s'en faut que la filiation adoptive conserve les effets que conserverait, dans les mêmes hypothèses, la filiation réelle. Ainsi : 1° l'adopté perd la *dignitas patris adoptivi* (L. 13, *De adopt.*); 2° il n'est plus tenu à la *reverentia* envers l'adoptant (L. 18, *De in jus voc.*); 3° le lien civil qui rattachait l'adopté au père adoptif étant supprimé, tous les droits de cognation qui n'étaient que la conséquence de ce lien civil s'effacent, tandis que l'enfant sorti de la famille naturelle y garde, tant qu'il demeure citoyen romain, les droits de cognation résultant de sa naissance (L. 1 § 4, *De cognat.*, XXXVIII, 8. — L. 4 § 10, *De grad.*); 4° l'adopté ne peut pas être adopté une seconde fois par la même personne (L. 37 § 1, *De adopt.*). Nous verrons, au contraire, que l'enfant peut rentrer par l'adoption sous la puissance de son père véritable; 5° les obstacles au mariage qui dérivaient seulement de la parenté adoptive disparaissent en ligne collatérale (n° 88), mais ils subsistent en ligne directe, et c'est peut-être le seul effet qui reste de l'adoption dissoute. Car l'adopté ne garde pas même le nom de l'adoptant (Cic., *Pro domo*, 13.).

Reste à signaler deux effets spéciaux à l'adrogation : 1° les enfants déjà nés ou conçus du mariage de l'adrogé tombent avec lui ou naissent sous la puissance de l'adrogeant, et ils y resteraient quand même leur père viendrait à en sortir (§ 11 *sup.*). Tout au contraire, par application des principes qui servent à déterminer la condition originaire des individus (n° 37), les enfants déjà nés où conçus de l'adopté resteraient ou naîtraient sous la puissance de leur aïeul naturel (L. 10 pr., *De adopt.*). Mais les mêmes principes soumettent à la puissance de l'adoptant les enfants dont la conception serait postérieure à l'adoption (Inst., § 7, *Quib. mod. jus potest.*, I, 12); 2° père de famille hier, l'adrogé pouvait avoir un patrimoine; fils de famille

aujourd'hui, il ne le peut plus. Que deviennent donc ses biens ? En principe, ils passent à l'adrogeant (Gaius, III, § 83). C'est la conséquence logique de cette idée générale qu'un fils de famille n'acquiert que pour son père (1). Mais on verra plus loin que Justinien, faisant ici l'application d'une règle nouvelle, laissa à l'adrogé la nue propriété de ses biens et réduisit l'adrogeant à un droit d'usufruit (n° 477).

108. *Droit de Justinien.* — L'adrogation, tout en perdant son ancien effet quant aux biens de l'adrogé, continue d'être dans tous les cas un mode d'acquisition de la puissance paternelle. L'adoption, au contraire, se transforme, et Justinien, pour en régler les conséquences, distingue si c'est un étranger ou un ascendant qui joue le rôle d'adoptant. Dans le premier cas, l'adoption ne transfère plus la puissance paternelle et n'opère aucun changement de famille. Dans le second cas, elle conserve la plénitude de ses anciens effets (§ 2 *sup.*). Les interprètes ont donc pu distinguer, en se plaçant dans le dernier état du droit, une adoption *plena* et une adoption *minus plena*. Pour bien saisir les motifs et la portée de la réforme opérée par Justinien, il faut distinguer trois hypothèses :

Première hypothèse. — L'adoption est faite par un *extraneus*, et elle s'applique soit à un enfant au premier degré, soit à un descendant ultérieur, mais actuellement placé sous la puissance immédiate du père de famille. Ici l'adopté reste sous la puissance de son père naturel et ne change pas de famille. Cette décision corrige une iniquité de l'ancien droit : d'une part, en effet, tant que subsistait l'adoption, l'enfant adoptif perdait, par rapport au père naturel, sa qualité d'héritier *ab intestat*, et celui-ci n'était pas tenu de lui laisser quelque chose par testament (2). D'autre part, s'il venait à être émancipé par l'adoptant, on sait que tout lien était rompu entre lui et la famille adoptive (3), et, bien que le préteur le rattachât dès lors au père naturel, comme si ce dernier eût fait lui-même l'émancipation (Gaius, II, §§ 136 et 137), cette protection pouvait être insuffisante. C'est ce qui arrivait lorsque le père naturel était mort *durante*

(1) Cependant l'adrogé garde la pleine propriété des biens qui eussent formé son pécule *castrense*, s'il les avait acquis étant *in potestate* (L. 23, *De test. mil.*, XXIX, 1).

(2) Seulement, les jurisconsultes avaient discuté la question de savoir si l'adopté omis par son père naturel pouvait attaquer le testament par la *querela inofficiosi testamenti* (L. 10 pr., *De adopt.*, C., VIII, 48). L'opinion négative avait prévalu.

(3) Ceci pourtant comportait une exception prévue par le sénatus-consulte Sabinien (§ 14, *De hered. quæ ab int.*, Inst., III, 1).

adoptione, et que postérieurement à son décès l'adopté avait été émancipé (L. 10 pr. *De adopt.*, C., VIII, 48). En pareil cas, la succession du père naturel avait régulièrement échappé à l'enfant, et il se trouvait non moins régulièrement déchu de toute vocation à la succession légitime de l'adoptant. En résumé, il avait eu des espérances dans deux familles successives et se trouvait frustré dans l'une et dans l'autre (Inst., §§ 10 à 12, *De hered. ab intest.*, III, 1). C'est ce résultat que Justinien se propose de rendre impossible. Quels seront donc, dans notre hypothèse, les effets de l'adoption? Justinien n'en signale qu'un seul : l'adopté aura des droits à la succession *ab intestat* de l'adoptant, et, s'il y arrive, ce sera comme *suus heres*. Mais ce droit peut lui être enlevé soit par un testament dans lequel il serait exhérédé ou même simplement omis, soit par une émancipation dont l'effet serait de rendre leur vocation *ab intestat* aux plus proches héritiers légitimes de l'adoptant (L. 10 §§ 1 et 2, C., *De adopt.*). Il est probable, au surplus, que l'adoption continue de donner à l'adopté le nom de l'adoptant, et je tiens pour certain qu'elle apporte toujours les mêmes obstacles au mariage que dans le droit classique.

Deuxième hypothèse. — C'est un ascendant qui adopte. Pour que cette hypothèse soit possible, il faut supposer un ascendant non investi de la puissance paternelle. Or cela se rencontre dans trois cas : 1° l'adoptant est un ascendant maternel; 2° c'est un aïeul paternel qui a émancipé son fils et qui adopte son petit-fils conçu *ex filio jam emancipato;* 3° c'est un aïeul qui donne en adoption à son fils émancipé le petit-fils conçu de celui-ci *ante emancipationem patris.* — Dans toutes ces hypothèses, l'adoption conserve son ancien effet, et si l'on en recherche le motif, le voici : En supposant l'adoption faite par un ascendant paternel, le préteur avait déjà garanti les droits de l'adopté. En effet, l'adoption subsiste-t-elle : l'adopté succède *jure prætorio* à l'ascendant qui l'a donné en adoption, dans tous les cas où ce droit lui eût appartenu sans l'adoption (L. 3 §§ 7 et 8; L. 21 § 1, *De bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4). Est-elle dissoute : il conserve, toujours *jure prætorio*, les droits qu'il aurait, comme descendant, à la succession de l'adoptant, s'il n'y avait jamais eu d'adoption. Que si l'adoption est faite par un ascendant maternel, le maintien de l'ancienne règle ne se justifie plus aussi bien. Car l'adopté perd *durante adoptione* ses droits à la succession du père naturel. Il est vrai que l'émancipation les lui rend d'après le droit prétorien; mais il faut pour cela qu'elle soit antérieure au décès du père naturel. Si elle est postérieure, la succession

de ce dernier lui a définitivement échappé; et cette perte très-certaine est mal compensée par l'espérance d'arriver à la succession de l'ascendant maternel; car il n'y peut prétendre qu'à titre de cognat, en l'absence par conséquent de descendants *per masculos* et d'agnats. Aussi pour cette seconde hypothèse les interprètes ont-ils motivé la décision de Justinien sur cette raison insuffisante, que très-probablement l'ascendant maternel n'émancipera pas étourdiment l'adopté. Au surplus, la novelle 118, rendue en l'année 543, supprima l'inconvénient que je signale en admettant tous les descendants, sans distinction entre les descendants par les femmes et les descendants par les hommes, à succéder à leurs ascendants (n° 469).

A. Troisième hypothèse. — C'est un *extraneus* qui adopte; mais l'adoption s'applique à un petit-enfant placé sous la puissance de son aïeul et dont le père est encore *in familia*. Ici Justinien fait une distinction (L. 10 § 4, C., *De adopt.*) : si le père meurt avant l'aïeul, la puissance paternelle n'aura pas été acquise à l'adoptant, cela pour que l'adopté ne risque pas d'être exclu de la succession de son aïeul naturel. Si, au contraire, l'aïeul meurt avant le père, l'adoptant aura acquis la puissance paternelle et l'adopté aura changé de famille; car celui-ci, fût-il resté *in potestate avi*, ne lui succéderait pas en pareille hypothèse. Est-ce là une décision bien prévoyante? Justinien, sans doute, a pensé que dans ce cas l'adopté ne court aucun risque, puisque, restant dans la famille adoptive, il succède à l'adoptant, et qu'émancipé, il reprend ses droits à la succession du *pater naturalis*. Mais il n'a pas réfléchi que le père naturel survivant à l'*avus* peut mourir *durante adoptione* sans rien laisser à l'adopté, et que, si plus tard celui-ci vient à être émancipé par l'adoptant, il se trouvera frustré dans ses deux familles successives. Voilà donc une iniquité irrémédiable dans le système de Justinien. Ce système présente, en outre, une grave difficulté d'application. Car si l'adoptant vient à mourir du vivant de l'aïeul et du père naturel sans rien laisser à l'adopté, celui-ci sera-t-il admis à critiquer le testament? On n'en sait rien pour le moment, puisque l'effet de l'adoption se trouve suspendu par une condition qui n'est encore ni réalisée ni défaillie, savoir le décès du père naturel avant celui de l'aïeul. De même donc que la décision de Justinien ne pare pas à toute iniquité, de même aussi elle s'écarte d'une saine logique en admettant, contrairement aux principes, une paternité conditionnelle.

IV. — DES PERSONNES QUI NE PEUVENT PAS ADOPTER OU ADROGER.

Lib. I, tit. II, *De adoptionibus*, § 4. — Minorem natu majorem non posse adoptare placet. Adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est ut major sit filius quam pater. Debet itaque is qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id est decem et octo annis, præcedere.

On admet que nul ne peut adopter un plus âgé que soi. Car l'adoption imite la nature, et c'est chose contre nature que le fils soit plus âgé que le père. Il faut donc, pour se faire un fils par l'adoption ou l'adrogation, avoir de plus que lui la pleine puberté, c'est-à-dire dix-huit ans.

§ 5. — Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habet.

Mais il est permis à l'adoptant, quand même il n'aurait pas de fils, de donner à l'adopté le rang de petit-fils ou d'arrière-petit-fils, de petite-fille ou d'arrière-petite-fille, ou un rang ultérieur.

§ 9. — Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt (Gaius, I, § 103).

Mais voici encore une règle commune à l'une et à l'autre adoption : c'est que ceux-là mêmes qui sont incapables d'engendrer, tels que les personnes naturellement impuissantes, peuvent adopter; à l'égard des castrats, ils ne le peuvent pas.

§ 10. — Feminæ quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate habent. Sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt (Gaius, I, § 104).

Les femmes non plus ne peuvent pas adopter, parce que leurs véritables enfants eux-mêmes ne sont pas en leur puissance. Mais quand elles ont perdu des enfants, l'indulgence du prince les autorise à chercher une consolation dans l'adoption.

109. Il y a des conditions exigées soit de l'adoptant, soit de l'adrogeant; d'autres sont exigées de l'adrogeant seulement.

Les conditions communes sont contenues dans les deux règles suivantes :

1° Pour adopter, il faut être juridiquement capable d'avoir la puissance paternelle. Donc sont incapables d'adopter les esclaves, les fils de famille (1), les femmes. Cependant, à partir du règne de Dioclétien

(1) Cependant les fils de famille peuvent avoir des enfants adoptifs, lorsqu'ils consentent à ce que leur père leur en donne un par une adoption *loco nepotis quasi ex illis nati* (§ 7, *De adopt.*).

et de Maximien, la femme qui avait eu des enfants et les avait perdus put obtenir du prince l'autorisation d'adopter (L. 5, C., *De adopt.* — § 10 *sup.*) (1). Dans le droit de Justinien, les effets de cette adoption sont faciles à déterminer, ce sont évidemment ceux de l'adoption faite par un *extraneus*. Mais quels effets produisait-elle avant Justinien? Sans doute elle ne retirait pas l'adopté de sa famille naturelle, mais il devenait héritier *ab intestat* de l'adoptante, il pouvait même attaquer le testament dans lequel elle l'avait omis sans cause (2).

2° Pour adopter, il faut avoir l'aptitude physique à être père, et spécialement pouvoir être le père de la personne qu'on adopte. Les Romains conclurent de là : 1° que l'adoption faite par un castrat est nulle (§ 9 *sup.*) (3); 2° que l'adoptant doit avoir au moins dix-huit ans (*plena pubertas*) de plus que l'adopté (§ 4 *sup.*) (4); car, bien que la puberté légale soit fixée pour les hommes à quatorze ans, ce n'est guère qu'à l'âge de dix-huit ans que la puberté réelle a coutume de se produire (Paul, III, 4ª § 2). Ce sont ces deux conséquences de notre règle qu'on exprime en disant : *Adoptio imitatur naturam* (§ 4 *sup.*) (5); 3° que les *cœlibes* peuvent aussi adopter, bien qu'on ne leur conçoive pas de *justi liberi* issus de leurs œuvres (Ulp., VIII § 6); 4° enfin qu'un homme qui n'a jamais eu de fils peut néanmoins faire une adoption *loco nepotis* (§ 5 *sup.*).

Outre ces conditions, exigées de l'adoptant et de l'adrogeant, il faut, quant à ce dernier, 1° qu'il ait soixante ans révolus, âge à partir

(1) L'empereur Léon le Philosophe, par sa novelle 27, permit l'adoption même aux femmes qui n'avaient jamais été mères, se fondant sur ce qu'une femme peut, tout en tenant à la conservation de sa virginité, éprouver un légitime besoin d'affection maternelle.

(2) Ce dernier point résulte d'un texte d'Ulpien où trois mots (*sine jussu principis*) ont été visiblement ajoutés par Justinien (L. 29 § 3, *De inoff. test.*, V, 2). Tel qu'il est, ce texte signifie que l'enfant qu'une femme aurait adopté *sine jussu principis* croirait vainement l'adoption valable; sa bonne foi ne l'autoriserait pas à exercer la *querela inofficiosi*. Donc cette action lui appartiendrait bien, s'il eût été adopté avec permission du prince.

(3) L'empereur Léon (nov. 27) permit l'adoption au *castrat*.

(4) Au temps de Gaius on controversait encore la nécessité pour l'adoptant d'être plus âgé que l'adopté (Gaius, I, § 106). Et cependant deux siècles avant ce jurisconsulte on s'indignait que Clodius eût été adopté par un homme plus jeune que lui (Cicéron, *pro Domo*, 14). La doctrine que j'expose avait prévalu dès le troisième siècle (L. 40 § 1, *De adopt.*).

(5) Par exception à cette règle, on reconnaît la validité de l'adoption faite par les *spadones* (§ 9 *sup.*), et cela pour la même raison qui avait fait admettre la validité de leur mariage (page 184, note 1).

duquel les lois caducaires estiment que l'homme perd l'aptitude à la génération et dispensent le veuf de se remarier; 2° qu'il n'ait ni enfants issus *ex justis nuptiis*, ni enfants devenus tels par une précédente adrogation ou probablement aussi par une simple adoption (L. 15 §§ 2 et 3; L. 17 § 3, *De adopt.*, I, 7. — Cic., *Pro domo*, 13 et 14). Ces conditions, vérifiées autrefois par les pontifes, et dans le dernier état du droit par les agents du prince, comportaient des exceptions fondées sur des motifs graves (1); et en sens inverse, l'autorité pouvait, malgré la réunion des conditions réglementaires, rejeter l'adrogation pour des motifs d'ordre public ou de convenance.

V. — DES PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE ADOPTÉES OU ADROGÉES.

Lib. I, tit. II, *De adoptionibus*, § 3. — Quum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur, et exquiritur causa adrogationis, an honesta sit, expediat que pupillo (2), et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit, id est, ut caveat adrogator personæ publicæ, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non alias emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed etsi decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea acquisivit.

Mais en cas d'adrogation d'un impubère par rescrit impérial, l'adrogation n'est permise qu'après enquête; on recherche quel en est le motif, si elle est honorable, si elle est avantageuse pour le pupille, et l'adrogation ne se fait qu'avec certaines conditions, c'est-à-dire que l'adrogeant doit promettre à une personne publique, à un *tabularius*, que le pupille venant à mourir impubère, ses biens seront restitués à ceux qui, sans l'adoption, eussent dû venir à sa succession. Pareillement, l'adrogé ne peut être émancipé qu'autant qu'après examen il est jugé avoir mérité l'émancipation, et cela sous la condition que l'adrogeant lui rende ses biens. Mais le père qui en mourant l'exhérède, ou qui vivant l'a émancipé sans juste cause, est tenu de lui laisser le quart de ses propres biens, et cela sans compter ceux que l'adrogé a apportés à son père adoptif et ceux qu'il lui aurait acquis depuis l'adrogation.

(1) Par exemple un homme qui n'avait pas soixante ans pouvait être admis à adroger un parent, ou même, en cas de maladie, une autre personne.

(2) Le mot *pupillus* désigne l'impubère *sui juris*, le seul dont il soit question

110 *a*. L'incapacité d'être adopté ou adrogé se présente tantôt comme relative, tantôt comme absolue.

Voici quatre cas d'incapacité relative : 1° un mineur de vingt-cinq ans ne peut pas être adrogé par celui qui a été son tuteur ou son curateur (L. 17 pr., *De adopt.*) (1). Car cette adoption ne serait ordinairement qu'un moyen pour l'adrogeant de ne pas rendre compte de son administration; 2° on a déjà vu (n° 107) que celui qui a été émancipé ou donné en adoption par son père adoptif ne peut plus, par une seconde adoption, retomber sous la puissance de la même personne (L. 37 § 1, *De adopt.*); 3° le droit classique avait admis sans hésiter et de la manière la plus générale que les enfants qui n'étaient pas nés sous la puissance de leur père naturel ou qui en étaient sortis pouvaient toujours être adrogés ou adoptés par lui. Quant aux enfants issus *ex justis nuptiis* ou *ex contubernio* (2), cette législation ne prêtait à aucune critique, et elle subsiste encore sous Justinien (L. 15 § 1; LL. 41 et 46, *De adopt.*). Mais en ce qui concerne les enfants nés du *concubinatus*, ne pouvait-on pas dire que la faculté de les adopter tendait à détourner le père du mariage? Cette considération parut décisive à l'empereur Justin. Posant donc en règle absolue que qui voudrait avoir une postérité légitime devrait se marier, il confirma pour le passé toutes les adoptions de ce genre et les prohiba pour l'avenir, prohibition d'autant plus dure qu'il défendait du même coup la légitimation de ces enfants par mariage (L. 7, C., *De nat. lib.*, V, 27). Dans le droit de Justinien, l'adoption des enfants *ex concubinatu* demeure prohibée (Nov. 74, cap. 3). Mais comme en même temps ce prince permet de les légitimer par mariage et par rescrit (n° 116), cette prohibition n'a plus rien d'excessif; 4° les affranchis, capables d'être adrogés par leur patron d'après les règles du droit commun (L. 3, C., *De adopt.*), ne peuvent l'être par aucune autre personne (L. 15 § 3, *De adopt.*). Cependant plusieurs textes, supposant cette adrogation réalisée par surprise, se bornent à déclarer qu'elle ne porte pas atteinte aux droits du patron (L. 10 § 2, *De in jus voc.*, II, 4.

dans ce § 3. Et voilà pourquoi les deux mots *pupillus* et *impubes* y sont employés indifféremment.

(1) L'adoption proprement dite serait-elle également impossible au tuteur ou au curateur, si par l'effet d'une adrogation le mineur de vingt-cinq ans était déjà devenu *alieni juris?* Je déciderais volontiers négativement; car ce n'est plus au mineur que le droit de demander son compte appartient, c'est à son père adrogeant.

(2) Pour comprendre l'adoption d'un enfant issu *ex contubernio*, il faut supposer le père et le fils actuellement libres.

— L. 1 § 2, *Si a par. quis.*, XXXVII, 12, — L. 49, *De jur. patr.*, XXXVIII, 2). D'où je conclus que, si l'autorité refusait en général de consacrer l'adrogation d'un affranchi par un tiers, c'était dans l'unique but d'éviter un conflit entre les droits de l'adrogeant et ceux du patron, et qu'en conséquence le consentement exprès de celui-ci faisait cesser l'incapacité de l'affranchi.

111. Quant aux incapacités absolues, il faut, pour les connaître, passer en revue les esclaves, les femmes, les mineurs de vingt-cinq ans et les impubères.

A. Esclaves. — La puissance paternelle ne s'exerçant que sur des hommes libres, les esclaves ne peuvent être ni adrogés ni adoptés, et c'est ce qu'exprime formellement Théophile (sur le § 12, *De adopt.*). Donc, quand un maître déclare adopter un esclave, cette déclaration peut bien valoir comme affranchissement, mais non pas comme adoption. Il perd la puissance dominicale sans acquérir la puissance paternelle. La logique conduit à décider pareillement que l'adoption d'un *servus alienus* n'est pas admissible. Et cependant, à en croire Aulu-Gelle (V, 19 §§ 12 et 14), les anciens jurisconsultes auraient été presque unanimes à enseigner qu'un maître donnait valablement son esclave en adoption *per prætorem*. Si cette affirmation est exacte, il faut l'entendre en ce sens qu'une même solennité, plus compliquée sans doute que celle de l'adoption ordinaire, aboutissait à libérer l'esclave de la puissance dominicale et à le placer sous la puissance paternelle d'un tiers. Au fond donc, l'adoption s'appliquait alors à un *servus* devenu libre.

Femmes. — Les femmes purent toujours être données en adoption. Mais il est évident que, l'accès des comices leur étant interdit, l'adrogation leur fut inapplicable tant qu'elle se fit par une loi curiate. Cette incapacité, encore admise au temps de Gaius (I, § 103) et d'Aulu-Gelle (V, 19 § 10), même au temps d'Ulpien (VIII § 6), devait disparaître et disparut, en effet, avec les anciennes formes, et dès le règne de Dioclétien on ne la retrouve plus (L. 8, C., *De adopt.*) (1).

Mineurs de vingt-cinq ans. — L'adoption proprement dite des

(1) La doctrine nouvelle figure au Digeste dans un texte inséré sous le nom de Gaius (L. 21, *De adopt.*). Mais Justinien y a évidemment supprimé une négation, prêtant ainsi au jurisconsulte le contraire de sa pensée véritable. Il a de plus substitué aux mots *per populum* ceux-ci, *ex rescripto principis*. On trouve une substitution semblable dans la loi 46 du même titre.

mineurs de vingt-cinq ans ne fut jamais soumise à aucune condition particulière. Impossible sans la volonté du père naturel (Inst., § 9, *Quib. mod. jus potest.*, I, 12), elle ne présente par cela même aucun danger sérieux. Tout au contraire, l'adrogation peut facilement déguiser un piége et se résoudre en une spoliation pure et simple pour le mineur inexpérimenté qui disposerait librement de lui-même. Cette liberté pourtant lui fut laissée jusqu'au règne de Claude. Mais ce prince exigea, pour la validité d'une pareille adrogation, le consentement d'un curateur (L. 8, *De adopt.*); et Justinien voulut que le mineur, s'il avait plusieurs curateurs, obtînt toujours le consentement de tous (L. 5, C., *De auct. præst.*, V, 59). Au surplus, le mineur de vingt-cinq ans lésé est admis à demander contre l'adrogation, aussi bien que contre ses autres actes, le secours de l'*in integrum restitutio* (page 256, note 1).

Impubères. — Les impubères *alieni juris* purent toujours être donnés en adoption. Mais pendant longtemps les pères de famille impubères ne purent pas être adrogés, et cela pour deux motifs : d'abord les formes de l'adrogation étaient inapplicables à un impubère, nécessairement exclu des comices (Aul.-Gell., V, 19 § 10). En second lieu, il fallait craindre que le tuteur ne s'empressât d'autoriser l'adrogation, soit pour échapper au fardeau de la tutelle, soit pour anéantir la substitution pupillaire que le père du pupille avait pu faire (L. 17 § 1, *De adopt.*). Le premier motif cessa d'être sérieux quand les curies eurent été remplacées par des licteurs ; mais le second conserva toute sa force, et l'adrogation des impubères resta défendue en règle générale. Cependant, comme il pouvait arriver qu'elle servît les intérêts bien entendus de l'impubère, par exemple s'il était pauvre et l'adrogeant riche, elle fut quelquefois autorisée. Enfin, par un rescrit adressé au collége des pontifes, l'empereur Antonin le Pieux la permit d'une manière générale, mais en la soumettant à des règles particulières qui exigent un développement détaillé (Gaius, I, § 102. — Ulp., VIII § 5).

112. Et d'abord l'enquête qui précède toute adrogation n'aura pas ici pour objet exclusif de vérifier l'existence des conditions requises d'après le droit commun. Le magistrat devra spécialement examiner les trois questions suivantes : 1° l'adrogeant est-il un homme honnête et de bonnes mœurs? 2° son projet d'adoption est-il déterminé, non point par le désir de s'approprier une fortune étrangère, mais par un motif honorable, tel que la parenté ou des rela-

tions d'amitié avec la famille du pupille? 3° l'adrogation présente-t-elle pour l'enfant un avantage pécuniaire ou autre? Sur ces divers points, les proches parents du pupille seront consultés par le magistrat (L. 17 §§ 1, 2 et 4 *De adopt.*). En aucun cas, du reste, l'adrogation ne se fera sans l'*auctoritas* (1) du tuteur ou des tuteurs, s'il y en a plusieurs (L. 5, C., *De auct. præst.*, V, 59). Au surplus, des précautions multiples sont organisées dans le double but 1° de prévenir toute vue de spéculation du côté de l'adrogeant; 2° d'empêcher que, même faite de bonne foi, l'adrogation n'aboutisse à dépouiller l'impubère ou ses ayant-droit. Ce système de précautions deviendra pleinement intelligible dans tous ses détails, si l'on distingue les quatre hypothèses suivantes : 1° l'adrogé meurt encore impubère, mais resté dans la famille adoptive; 2° il est émancipé impubère; 3° il est exhérédé impubère; 4° enfin il atteint l'âge de puberté sans être sorti de la puissance de l'adrogeant.

Première hypothèse. — Mort de l'adrogé encore impubère et resté dans la famille de l'adrogeant. — En principe, l'acquisition des biens de l'adrogé par l'adrogeant est immédiatement définitive; elle garde donc ses effets en cas de prédécès de l'adrogé comme dans tous les cas possibles. Mais ce résultat blesserait l'équité dans une hypothèse où l'adrogation n'a pas été du côté de l'adrogé l'œuvre mûre et réfléchie d'une volonté suffisamment maîtresse d'elle-même. On admet donc que les biens de l'adrogé mort impubère devront être restitués aux personnes qui auraient aujourd'hui le droit de les réclamer, s'il n'y avait jamais eu d'adrogation. Ces personnes seront ordinairement des membres de la famille naturelle venant à titre d'héritiers *ab intestat;* d'autres fois, si le père a usé du droit qu'il avait de tester pour son fils impubère, ce seront les héritiers testamentaires qu'il lui aura donnés sous le nom de substitués pupillaires, et avec eux peut-être des légataires ou des fidéicommissaires. Mais ici une première difficulté se rencontre : quelle action donner à ces personnes? D'après le droit commun elles n'ont pas d'action réelle, puisque l'adrogeant est régulièrement devenu propriétaire des biens de l'adrogé, et que la propriété une fois acquise est naturellement perpétuelle entre les mains de son titulaire; mais elles n'ont pas non plus d'action person-

(1) Cette *auctoritas*, dans le dernier état du droit, ne peut être qu'un simple consentement. En effet, qui dit *auctoritas* suppose le tuteur présent au moment de l'acte fait par le pupille. Mais du jour où l'adrogation se fit par rescrit impérial, comment comprendre soit la présence du pupille, soit celle du tuteur?

nelle, puisqu'il n'y a eu entre elles et l'adrogeant ni contrat ni fait assimilé à un contrat. Il semblerait donc naturel que l'empereur Antonin eût créé directement une action contre l'adrogeant. Au lieu de cela, il prit un détour : il voulut que l'adrogeant fît naître lui-même l'action en s'engageant par le contrat de stipulation (1). Mais de là une seconde difficulté : car qui dit stipulation suppose la présence et le consentement de deux parties, l'une, celle qui joue le rôle de stipulant, adressant à l'autre une question, et celle-ci faisant une réponse conforme qui constitue la promesse. Or on sait bien dès à présent qui doit promettre, c'est l'adrogeant. Mais qui doit stipuler? On n'en sait rien, les personnes intéressées ne pouvant être connues d'une manière certaine qu'au décès de l'adrogé. En effet, le substitué pupillaire, s'il en existe un, et qu'on le connaisse, peut d'ici là mourir ou devenir incapable; les héritiers légitimes, appelés à son défaut, peuvent également mourir, peut-être ne sont pas encore nés, en un mot leur vocation ne se fixe pas avant le décès. Les intéressés se trouvant ainsi hors d'état d'agir eux-mêmes, toute stipulation paraît impossible en présence de cette règle certaine que nul ne peut stipuler pour autrui (Inst., § 4, *De inut. stip.*, III, 19). La difficulté fut résolue par un expédient plus ingénieux que logique, véritable rouerie de praticien mise au service d'un besoin réel et d'une idée sensée. On s'avisa que l'esclave stipule très-valablement pour son maître, et spécialement que l'esclave ayant plusieurs maîtres peut stipuler pour l'un ou quelques-uns d'entre eux à l'exclusion des autres (Inst., § 3, *De stip. serv.*, III, 17). On confia donc le rôle de stipulant à un *servus publicus* que pour les besoins de la circonstance on considéra comme l'esclave commun de tous les citoyens, bien que dans la vérité juridique il n'ait d'autre maître que le peuple, personne morale toute différente de celles des citoyens. Cet esclave stipulait expressément pour les personnes qui pourraient, le pupille venant à mourir, prétendre qu'en l'absence d'adrogation elles auraient eu droit à ses biens (L. 18, *De adopt.*). Et de là naissait plus tard, par le décès de l'adrogé encore impubère, une action *ex stipulatu* au profit de ces personnes, soit contre l'adrogeant lui-même, soit contre ses héritiers si l'adrogé lui avait survécu (L. 22 pr., *De adopt.*). Cette action était dite *utilis*, comme étant donnée en dehors des vrais principes de la stipulation et par un pur motif de nécessité pratique (L. 40, *De*

(1) Le droit civil ne fait autre chose ici qu'emprunter un procédé prétorien (nos 715 et s.).

vulg. et pup. subst., XXVIII, 6). Sous Justinien, la stipulation est faite par un homme libre investi des fonctions de *tabularius* (1), ce qui rend encore plus complète ou au moins plus évidente la dérogation au principe que nul ne stipule pour autrui (§ 3 *sup.*). Au surplus, soit dans le droit de Justinien, soit dans le droit classique, cette matière présente une particularité encore plus remarquable en ce que le bénéfice de la stipulation peut appartenir à des héritiers légitimes qui n'étaient pas même conçus au jour où elle a été faite. On déroge donc à ce principe élémentaire que nul ne peut avoir acquis un droit, même conditionnel, à une époque où il n'avait pas encore de personnalité.

La promesse de l'adrogeant devait précéder l'adrogation; et pour la rendre efficace nonobstant l'insolvabilité du promettant, on exigeait qu'elle fût garantie par une *satisdatio*, c'est-à-dire que l'adrogeant devait présenter une caution qui par une promesse accessoire contractât la même obligation que lui envers les mêmes personnes (L. 19 pr., *De adopt.*). Que si ces précautions avaient été omises, on tenait néanmoins la promesse de l'adrogeant pour faite; et on le soumettait à une action *ex stipulatu*, qualifiée *utilis* à bien plus forte raison que tout à l'heure (L. 19 § 1, *De adopt.*). Mais il était impossible de sous-entendre l'engagement d'une caution. L'adrogeant était-il du moins tenu d'une action à l'effet de fournir caution? Les textes ne le disent pas, et l'on ne voit guère à qui cette action aurait pu appartenir.

Tels sont les principes du droit classique, et ils n'ont rien perdu de leur application sous Justinien. On serait tenté pourtant de croire la promesse personnelle de l'adrogeant, sinon celle de la caution, devenue inutile : car il n'acquiert plus que l'usufruit, non la pleine propriété des biens de l'adrogé. Cette promesse néanmoins conserve une double utilité. Elle empêche d'abord que l'adrogeant appelé comme père à l'hérédité de l'adrogé ne bénéficie de cette vocation. En second lieu, elle remplace la promesse due par tout usufruitier de restituer ce qui restera de la chose à l'époque où son droit s'éteindra.

Deuxième hypothèse. — Émancipation de l'adrogé encore impubère.

(1) Le *tabularius* était un fonctionnaire municipal chargé de rédiger, de transcrire et de garder les actes juridiques. Il tenait les comptes des cités, et c'est pourquoi *tabularius* a pour synonyme *calculator* (L. 1 § 6, *De extr. cognit.*, L, 13). Cette fonction confiée souvent à des esclaves (L. 3, C., *De serv. reip.*, VII, 9. — Page 99, note 2) leur fut sévèrement interdite par Arcadius et Honorius (L. 3, C., *De tabul.*, X, 69).

— On veut que cette émancipation ne se résolve jamais en un bénéfice pour l'adrogeant. On va plus loin : on ne veut pas que, faite par méchanceté ou par caprice, elle frustre complétement l'impubère des espérances que son entrée dans une nouvelle famille lui avait acquises. En conséquence, il recouvre toujours ses biens personnels, non-seulement ceux qui lui appartenaient avant l'adrogation, mais ceux même qui ne lui ont jamais appartenu, j'entends ceux qu'il a acquis pendant qu'il était *in potestate;* il les recouvre immédiatement par une *condictio ex lege* (L. unic., *De cond. ex leg.*, XIII, 2). Là se bornent ses droits, si l'émancipation a eu lieu *ex justa causa*, c'est-à-dire pour des griefs soumis à l'appréciation du magistrat et approuvés par lui. En ce cas, l'adrogé ne souffre ni ne profite de son passage dans une famille étrangère. Si au contraire il a été émancipé sans examen du magistrat, non-seulement ses biens lui sont restitués, mais il acquiert ou plutôt il conserve un droit éventuel au quart des biens que pourra laisser l'adrogeant. C'est ce qu'on appelle la quarte Antonine, du nom d'Antonin le Pieux qui l'a établie.

Cette quarte n'est pas seulement identique par sa quotité, elle est de plus semblable par sa nature à la quarte légitime qui lui a servi d'origine et de type (n° 355). La pensée évidente d'Antonin le Pieux est que l'impubère soit traité, malgré son émancipation, comme les *liberi naturales*, que le père ne peut sans motifs sérieux dépouiller de plus des trois quarts de leur droit héréditaire. Tel étant le principe de la quarte Antonine, il en faut conclure 1° que l'adrogé a toujours été sans droit à la quarte, s'il meurt avant l'adrogeant (L. 1 § 21, *De collat.*, XXXVII, 6); 2° que cette quarte ne se calcule pas sur les biens que l'adrogeant possède au jour de l'émancipation, mais sur ceux qu'il laisse en mourant (L. 13, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5) (1); 3° qu'elle comprend, non pas le quart de tous les biens, mais le quart de la part à laquelle l'adrogé, demeuré en puissance, aurait eu droit comme héritier légitime (2). Jusqu'à présent la quarte Antonine nous apparaît fort semblable à un droit de succession. Tel n'en

(1) Toutefois, comme l'adrogeant pourrait compromettre les droits de l'impubère par des aliénations frauduleuses, le texte cité fait observer que ces aliénations seront révoquées par une action *quasi Calvisiana* ou *quasi Faviana*, semblable à celle que l'on donne au patron à l'égard des aliénations frauduleuses faites par son affranchi (n° 427).

(2) Si les textes parlent toujours du quart des biens (L. 2, C., *De adopt.* — L. 13, *Si quid in fraud. patr.*), c'est qu'ils se placent dans l'hypothèse où l'adrogeant

est pas cependant le véritable caractère. Ulpien la considère plutôt comme une dette de la succession (L. 8 § 15, *De inoff. test.*, V, 2), mais comme une dette ayant pour objet le quart des biens en nature, et non pas le quart de leur valeur. Ces deux idées ont l'une et l'autre des conséquences. Et d'abord la quarte Antonine étant une dette, non un droit de succession, c'est par voie d'action personnelle qu'elle sera demandée, et cette action, une fois née par le prédécès de l'adrogeant, se transmettrait aux héritiers de l'adrogé, quand même celui-ci n'aurait pas encore manifesté l'intention de l'exercer (L. 1 § 21, *De collat.*) (1). En second lieu, cette dette ayant pour objet des biens en nature, et non de l'argent, il fallait trouver pour l'adrogé une action appropriée à cet objet. On lui donne donc une action *familiæ erciscundæ*, ou action en partage, qu'on appelle *utilis* parce que dans la réalité il n'est ni héritier selon le droit civil, ni *bonorum possessor* selon le droit prétorien (L. 2 § 1, *Fam. ercisc.*, X, 2) (2). Cette action est intentée contre les héritiers, soit testamentaires, soit légitimes, de l'adrogeant (3).

Troisième hypothèse. — Exhérédation de l'adrogé encore impubère et resté en puissance. — Ici, outre la restitution de ses biens, l'adrogé peut toujours réclamer la quarte Antonine sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'exhérédation est juste ou injuste (4). Et, en effet, si l'adrogeant avait des griefs sérieux, il lui était facile d'émanci-

ne laisse pas d'enfants, hypothèse de beaucoup la plus ordinaire, puisqu'il n'a pu adroger qu'après soixante ans et n'ayant pas alors de *justi liberi*.

(1) Ce texte témoigne que des doutes ont existé sur la transmissibilité active de cette action, et cela évidemment parce qu'elle ressemble un peu à la *querela inofficiosi testamenti*. Mais la ressemblance ne se rencontre que dans la cause qui a fait admettre ces actions, non dans leur nature. En effet, le droit à exercer la *querela* n'est au fond que le droit de revendiquer une hérédité, et ce droit est intransmissible tant qu'il n'a pas été accepté. Au contraire le droit à la quarte Antonine s'analyse en une créance, et en règle générale les créances sont transmissibles.

(2) C'est improprement qu'Ulpien (L. 1 § 21, *De collat.*) appelle cette action *actio quartæ Antoninæ*.

(3) On peut supposer que l'adrogeant, au lieu d'émanciper l'impubère, le donne en adoption. Dans ce cas non prévu par les textes, il est probable que l'adrogé perd pour le moment tout droit par rapport à l'adrogeant, mais que si son nouveau père adoptif l'émancipe *sine causa* ou l'exhérède, on le traite comme ayant été émancipé *sine causa* par l'adrogeant lui-même. Les textes se taisent aussi sur le cas où l'adrogeant se donnerait lui-même en adrogation, entraînant ainsi l'impubère sous la puissance d'un nouveau père. J'estime qu'alors celui-ci succède, à l'égard de l'impubère, aux obligations de la personne qu'il adroge.

(4) Toute distinction est repoussée et par les Institutes (§ 3, *sup.*) et par la loi 8 § 15, *De inoff. test.* Ce dernier texte suppose qu'un descendant adrogé par son as-

per l'enfant *cognita causa*, au lieu de lui infliger dans ses dernières volontés la flétrissure de l'exhérédation, et de provoquer ainsi l'éclat d'un procès toujours bruyant sur les causes de cette exhérédation.

Quatrième hypothèse. — L'adrogé arrive à la puberté étant encore en la puissance de l'adrogeant. — Par là se trouve défaillie la condition qui suspendait l'effet de la promesse faite par l'adrogeant et par ses fidéjusseurs (L. 20, *De adopt.*). Ils sont donc libérés, ou, pour mieux dire, on les répute n'avoir jamais été tenus. Cependant l'adrogé est admis à exiger son émancipation en prouvant que l'adrogation ne lui est pas avantageuse. Que si le magistrat, chargé d'examiner la question, la résout en sa faveur, l'émancipation lui fait recouvrer sa condition juridique antérieure et avec elle tous ses biens (L. 32 pr. ; L. 33, *De adopt.*) (1). Si au contraire l'émancipation n'est pas demandée ou n'est pas admise, l'adrogé se trouve désormais dans la même condition que toute personne adrogée après la puberté.

DE LA LÉGITIMATION.

SOMMAIRE : I. Généralités. De ce qu'on peut appeler légitimation dans le droit classique.
II. De la légitimation sous les empereurs chrétiens.

I. — GÉNÉRALITÉS. — DE CE QU'ON PEUT APPELER LÉGITIMATION DANS LE DROIT CLASSIQUE.

113. Ce qu'on peut dire de plus général sur la légitimation, c'est qu'elle présuppose une relation naturelle de père à enfant, mais qu'elle exclut l'idée d'une puissance paternelle acquise par l'effet immédiat de la naissance. Elle constitue donc pour le père une manière d'obtenir après coup la puissance paternelle sur des enfants vérita-

cendant, puis exhérédé par lui, intente la *querela inofficiosi* et succombe. Néanmoins il conserve son droit à la quarte Antonine. Or pourtant son échec suppose l'exhérédation jugée légitime.

(1) On remarquera que l'adrogé simplement mineur de vingt-cinq ans, peut obtenir l'*in integrum restitutio* (L. 3 § 6, *De minor.*, IV, 4. — L. 1 § 2, *De sct. Mac.*, XIV, 6), ce qui le replace aussi dans sa condition antérieure. Mais tandis que cette *in integrum restitutio* suppose la preuve d'une lésion pécuniaire (n° 173), un simple préjudice moral suffit pour autoriser l'impubère à réclamer son émancipation.

blement issus de ses œuvres, mais nés *sui juris*. Et par là elle nous apparaît différente à la fois des *justæ nuptiæ* qui placent l'enfant sous notre puissance à l'instant même où il vient au monde, et de l'adoption qui nous donne légalement des enfants dont nous ne sommes pas les auteurs réels. D'où il faut conclure que la légitimation, plus pleine dans ses effets que l'adoption, engendrera en principe des relations absolument identiques à celles qui résultent de la naissance *ex justis nuptiis* (1).

Comme les *justæ nuptiæ*, comme l'adoption, et pour le même motif, la légitimation appartient évidemment au *jus civile*. Elle est indifférente à l'égard de la mère, toujours incapable d'acquérir la puissance paternelle. Enfin, elle implique certitude légale de la paternité, et partant ne saurait s'appliquer aux enfants *vulgo quæsiti*. Du reste on remarquera que les mots légitimer et légitimation ne se trouvent jamais dans les textes et ne peuvent se traduire en latin que par des périphrases.

114 a. Dès l'époque classique, on voit des enfants issus d'un mariage du droit des gens tomber après coup sous la puissance paternelle. Ce résultat se présente d'abord dans deux hypothèses déjà signalées, savoir celle de la *causæ probatio* (n° 64), et celle d'un pérégrin qui, demandant le droit de cité pour lui-même, sa femme et ses enfants, demande en même temps et obtient la puissance paternelle sur ces derniers (n° 75). Resteà étudier une troisième hypothèse connue sous le nom de *erroris causæ probatio* (Gaius, I, §§ 67 à 72).

Cette hypothèse en comprend plusieurs : 1° l'un des conjoints, Romain, s'est trompé sur la nationalité de son conjoint, qu'il a cru Romain comme lui et qui n'était que Latin ou pérégrin. Ici le conjoint romain avait l'intention évidente de contracter les *justæ nuptiæ ;* 2° un Latin a par erreur épousé une pérégrine qu'il croyait Latine ou Romaine, ou bien c'est une Latine qui épouse un pérégrin qu'elle croyait Latin. Ici le conjoint trompé savait bien qu'il ne contractait pas les *justæ nuptiæ*. Mais, se croyant dans le cas prévu par la loi *Ælia Sentia*, il devait compter sur la *causæ probatio* pour transformer son union en *justæ nuptiæ ;* 3° enfin, un Romain ou une Romaine, ignorant sa propre nationalité, épouse un conjoint, soit latin, soit pérégrin, selon que lui-même se croit Latin ou pérégrin. Ici encore le conjoint trompé sait

(1) Je dis *en principe*, cette proposition n'étant pas vraie de la légitimation par oblation à la curie (n° 117).

bien qu'il ne contracte pas les *justæ nuptiæ*. Mais, connaissant sa qualité de Romain, il eût voulu sans doute un conjoint romain. — Pour tous ces cas, un ou plusieurs sénatus-consultes décidèrent que la preuve de l'erreur faite après la survenance d'un enfant emporterait acquisition du droit de cité pour l'époux non Romain, pour tous les deux et pour l'enfant, s'il y avait lieu (page 115, note 1), que du même coup le mariage se transformerait en *justæ nuptiæ*, et que l'enfant tomberait sous la puissance paternelle (1). Toutefois, si le père était déditice, le caractère ineffaçable de cette infériorité l'empêchait de devenir citoyen romain et d'acquérir la puissance. Mais ces deux résultats se produisaient sans difficulté, quand la mère seule était déditice : nous rencontrons donc ici une singularité, la puissance paternelle existant là où les *justæ nuptiæ* sont impossibles (2).

II. — DE LA LÉGITIMATION SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS.

Lib. I, tit. x, *De nuptiis*, § 13. — Aliquando autem evenit ut liberi qui, statim ut nati sunt, in potestate parentium non fiant, postea autem (3) redigantur in potestatem parentium. Qualis est is qui, dum naturalis fuerat, postea curiæ datus potestati patris subjicitur; nec non is qui a muliere libera (4) procrea-

Mais il arrive quelquefois que des enfants qui ne sont pas nés sous la puissance de leurs parents, y tombent plus tard. C'est le cas de l'enfant naturel qui, venant à être donné à la curie, tombe sous la puissance du père; c'est aussi le cas de l'enfant conçu d'une femme libre avec laquelle le père

(1) Il ne faut pas confondre l'*erroris causæ probatio* avec la *causæ probatio*. En effet, l'*erroris causæ probatio* n'implique ni la présence de sept témoins au mariage ni l'âge d'un an atteint par l'enfant. En outre, la *causæ probatio* ne s'applique pas quand l'un des époux est pérégrin et à plus forte raison quand ils le sont tous les deux. Il est évident, du reste, qu'en présentant la *causæ probatio* et l'*erroris causæ probatio* comme des modes d'acquisition de la puissance paternelle, je suppose le père encore vivant; mais alors même qu'elles n'interviennent qu'après sa mort, elles ont pour résultat de faire réputer l'enfant issu *ex justis nuptiis*, et en conséquence il arrive comme *suus* à l'hérédité paternelle (nos 339 et 420 *in fine*).

(2) Sous Justinien la *causæ probatio* et l'*erroris causæ probatio* ont disparu, puisqu'il n'est plus du tout question de Latins Juniens et fort peu de mariage du droit des gens. Mais on concevrait encore l'acquisition de la puissance paternelle par des barbares qui l'obtiendraient de l'empereur avec la concession du droit de cité pour eux et leur famille.

(3) Justinien, copiant Gaius (I, § 65), a substitué *autem* à *tamen*, et par là rendu sa phrase tout à fait incorrecte.

(4) *Libera* est pris ici pour synonyme de *ingenua*, mais deux novelles que je mentionnerai bientôt (n° 116) rendirent à ce mot son sens ordinaire.

tus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur. Quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

avait commerce habituel, rien pourtant ne l'empêchant légalement de l'épouser : si plus tard un acte de dot est rédigé conformément à notre constitution, cet enfant tombe sous la puissance de son père : bienfait que notre constitution a pareillement étendu aux enfants nés plus tard du même mariage.

115. La légitimation, telle que nous sommes habitués à la concevoir, fut instituée sous le Bas-Empire en faveur des enfants issus du concubinat. Tant que ce genre d'union fut régulier aux yeux de l'opinion comme il l'était d'après la loi, on ne dut pas songer à organiser des moyens spéciaux de corriger la condition originaire des enfants qui en résultaient : cette condition n'avait rien de honteux; et le père, d'ailleurs, trouvait dans le droit commun la ressource de l'adrogation. Mais, sous l'influence du christianisme, le concubinat fut considéré comme un désordre légal et une cause de souillure involontaire pour les enfants. Dès lors on jugea équitable que le père fût admis à relever les enfants de la honte de leur naissance. Mais logiquement il fallait qu'il ne pût arriver à ce résultat que par la réparation de sa propre faute. De là la légitimation par le mariage subséquent des deux concubins (1). De là aussi, car le mariage pouvait être impossible, la légitimation par rescrit impérial. Enfin, sous l'influence de motifs beaucoup moins élevés, un troisième mode de légitimation s'introduisit : je parle de l'oblation à la curie, signe profond de l'oppression et de la misère du Bas-Empire, comme les deux précédents modes étaient le signe d'un rajeunissement des idées morales.

116. *Légitimation par mariage subséquent.* — Constantin le premier conçut la pensée de cette légitimation, mais il ne la permit qu'en faveur des enfants naturels déjà nés. Et Zénon, renouvelant cent cinquante ans plus tard le bienfait de son prédécesseur, ne l'étendit pas non plus aux enfants à naître (L. 5, C., *De nat. lib.*, V, 27). Le motif

(1) Il faut convenir toutefois que le maintien du divorce *bona gratia* contrariait singulièrement le but que se proposaient les empereurs chrétiens. En effet, les deux concubins pouvaient se marier en vue de légitimer leurs enfants, puis divorcer le lendemain du mariage. En ce cas, la légitimation restait acquise aux enfants, et la faute des parents n'était pas sérieusement réparée.

de cette restriction est bien visible : ces princes voulaient faciliter la réparation des fautes déjà commises, mais ils craignaient d'en provoquer de nouvelles en mettant à la disposition de tous un moyen permanent de réparation. Quarante ans environ après la constitution de Zénon, la légitimation fut de nouveau permise, mais cette fois elle n'eut plus le caractère d'une faveur exceptionnelle et passagère : Anastase (L. 6, C., *De nat. lib.*) la rendit applicable aux enfants nés ou à naître (*progenitos seu procreandos*). Toutefois cette innovation ne tint que deux ans : son successeur Justin supprima la légitimation pour le même motif qui lui faisait interdire au père naturel l'adoption d'un enfant né *ex concubinatu* (L. 7, C., *De nat. lib.*). Enfin Justinien, moins scrupuleux et mieux inspiré que son père adoptif, rétablit la légitimation, en fit une institution fixe et régulière, et lui donna une organisation plus complète qu'auparavant.

Pour qu'elle s'opère, trois conditions doivent se joindre au fait d'un mariage valablement constaté : 1° il faut qu'au jour de la conception il n'existât pas d'obstacle légal au mariage des père et mère, ce qui exclut toute légitimation des enfants adultérins ou incestueux, comme aussi de ceux qui sont issus *ex contubernio* ou nés d'un juif et d'une chrétienne, etc. Cette exclusion est logique à l'égard des enfants incestueux et de tous ceux que l'on tient pour *vulgo concepti*. Pour ceux qui ont un père certain, comme les enfants issus d'un *contubernium*, elle est d'autant moins facile à justifier que la légitimation ne rétroagit pas ; 2° il faut qu'un *instrumentum dotale* ou *nuptiale* ait été rédigé, sans doute afin de rendre bien manifeste la transformation du concubinat en mariage (LL. 10 et 11, C., *De nat. lib.*, V, 27) ; 3° enfin, comme la puissance paternelle, nonobstant les avantages qu'elle comporte pour les enfants, n'est pas établie dans leur intérêt, et qu'il y a pour eux droit acquis à ne pas la subir, il faut qu'ils consentent à la légitimation. Mais un consentement exprès est-il exigé, ou suffit-il qu'ils ne manifestent pas d'opposition? La première opinion paraîtrait plus conforme à la lettre de la novelle 89 (cap. 11) ; mais la seconde, qui seule rend possible la légitimation des enfants fous, absents ou *infantes*, me paraît justifiée sans réplique par les textes qui admettent que le bénéfice de la légitimation s'étend même aux enfants simplement conçus lors du mariage (1).

(1) Telle est, en effet, la décision formelle de la loi 11, au Code, *De nat. lib.* Et tel est aussi, je crois, le sens de la dernière phrase du paragraphe 13, *De nuptiis*, aux Institutes. J'ai conservé la leçon qui, paraît-il, est donnée par la plupart des ma-

A. Deux autres conditions avaient été requises par Constantin et par Zénon, savoir la non-existence d'enfants issus d'un précédent mariage et l'ingénuité de la concubine. Justinien les supprima l'une et l'autre (Nov. 12, cap. 4; 18, cap. 11; 78, cap. 3 et 4) (1). Il alla même jusqu'à décider que le mariage d'un patron avec son affranchie légitimerait, et, s'il était nécessaire, rendrait libres de plein droit les enfants qu'elle lui avait donnés *in servitute.* Pour cette hypothèse, la seule où la légitimation par mariage s'applique à des enfants issus *ex contubernio*, Justinien continua d'exiger que le père n'eût pas d'enfants légitimes.

Ce premier mode de légitimation donnait aux enfants dans toute leur plénitude les droits résultant de la filiation *ex justis nuptiis* (Nov. 89, cap. 8).

Légitimation par rescrit du prince. — Supposons le mariage impossible, soit matériellement par la mort ou l'absence de la concubine, soit moralement par son indignité; tout espoir de légitimation s'évanouissait pour les enfants. Or ce fut là une grave iniquité du jour où Justin eut prohibé l'adrogation des *liberi naturales* par le père (n° 110). Et c'est pourquoi Justinien permit à celui-ci de solliciter un

nuscrits et que la paraphrase de Théophile confirme. D'autres interprètes qui la conservent aussi donnent à cette phrase un tout autre sens : elle signifierait que les enfants issus du mariage doivent leur légitimité aux bâtards à l'occasion desquels il a été contracté. Cette idée est, en effet, exprimée par deux textes (LL. 10 et 11, C., *De nat. lib.*). Mais elle y intervient comme simple motif, donné pour justifier la légitimation des enfants naturels nonobstant la naissance postérieure d'enfants issus du mariage, et non pas comme décision principale ayant par elle-même une portée pratique. D'autres éditions donnent un texte tout différent : les unes portent *quod et si alii liberi*, etc., les autres *quod et si nulli alii liberi.* D'après la première de ces deux leçons, Justinien voudrait dire que la légitimation conserve ses effets nonobstant la fécondité du mariage; et, en effet, des doutes pour vaient naître, fondés sur ce que le père n'aurait peut-être pas songé à légitimer ses enfants naturels s'il en avait eu de légitimes (L. 10, *De nat. lib.* — Nov. 18, cap. 11). D'après la seconde, le sens serait, au contraire, que la légitimation s'opère, bien que le mariage reste infécond; il paraît, en effet, que ce point avait fait quelque difficulté (L. 11, C., *De nat. lib.* — Inst., § 3, *De hered. quæ ab int.*, III, 1). Au surplus, l'établissement du véritable texte n'offre ici qu'un intérêt bien secondaire, puisque toutes les leçons et interprétations proposées aboutissent à des solutions que nul ne conteste.

(1) On pourrait croire, au premier aspect, que Justinien n'admet pas la légitimation par le mariage avec une affranchie quelconque, mais seulement par le mariage d'un patron avec son affranchie. Car dans les novelles 18 et 78, il emploie le mot *liberta.* Mais la décision de la novelle 18 est présentée comme simple interprétation de la loi 10, *De nat. lib.*, au Code. Or, d'après ce dernier texte, la légitimation est possible par tout mariage avec une femme *libera.* Il faut donc reconnaître que dans les novelles Justinien a employé le mot *liberta* comme synonyme de *libertina.*

rescrit impérial qui produirait exactement les mêmes effets que le mariage. Ce mode de légitimation fut toutefois subordonné à la non-existence d'enfants légitimes et sans doute aussi au consentement des enfants à légitimer (1). L'empereur décida de plus qu'un vœu formellement exprimé dans le testament du père suffirait pour autoriser les enfants à demander eux-mêmes après sa mort le bénéfice de la légitimation (Nov. 74, cap. 1 et 2).

117. *Légitimation par oblation à la curie.* — Ce mode de légitimation ne fut imaginé qu'en l'an 443, plus d'un siècle après la légitimation par mariage : mais il entra immédiatement dans la législation à titre d'institution fixe et permanente (L. 3, C., *De nat. lib.*, V, 27). Il faut se garder d'y voir, comme dans les deux précédents modes, le produit direct d'une idée morale et d'un sentiment de bienveillance envers les enfants naturels. L'humanité ne fut ici qu'un résultat tout à fait accessoire; l'inspiration vint des difficultés que présentait le recrutement de la curie, et ces difficultés tenaient elles-mêmes à des causes multiples, notamment à l'extrême gêne du fisc.

Sous le nom de curies, le Bas-Empire nous montre dans toutes les cités et jusque dans les chefs-lieux de villages (*metrocomiæ*) une sorte de sénat municipal qui n'est qu'une transformation de l'*ordo* que l'on rencontre à l'époque classique dans les municipes, dans les colonies et dans les préfectures (2). Ses membres, appelés autrefois décurions (3),

(1) Faut-il admettre également que le *connubium* devait exister entre les deux concubins au jour de la conception de l'enfant? L'analogie porte à le croire, puisque ce mode de légitimation n'est destiné qu'à suppléer la légitimation par mariage. Cependant la novelle 74, cap. 1, en admet l'application dans les cas où un obstacle légal empêche la femme de se marier. Ce texte est embarrassant en ce que l'obstacle qui existe pour la femme existe aussi pour l'homme. La pensée de Justinien me paraît obscure. S'il faut à toute force lui trouver une application, j'admettrai la possibilité de la légitimation par rescrit dans le cas où le mariage était possible au jour de la conception, et où depuis la femme est devenue esclave, ou de chrétienne s'est faite juive.

(2) Voici la distinction que l'on faisait autrefois entre les municipes, les colonies romaines et les préfectures. Les municipes avaient leurs magistrats à eux et leurs lois propres. Ces magistrats s'appelaient ordinairement *duumviri* ou *quatuorviri juri dicundo*. Les colonies romaines avaient aussi leurs magistrats propres ; mais, différentes en cela des municipes, elles suivaient nécessairement le droit romain. Cependant leur condition, quoique moins indépendante, finit par paraître meilleure et par être préférée (Aul.-Gell., XVI, 13). Les préfectures n'avaient pas de magistrats à elles : elles recevaient de Rome des *præfecti* chargés d'administrer la cité et de rendre la justice (Festus, v° *Præfectura*).

(3) D'après Pomponius (L. 239 § 5, *De verb. signif.*, L, 16), lors de la fondation des anciennes colonies romaines, on formait un *consilium publicum* composé de la dixième partie des colons, et de là viendrait le mot décurion.

et, dans un langage plus récent, curions ou curiales, forment depuis longtemps une véritable noblesse que l'on oppose aux *plebeii*, c'est-à-dire à ceux qui n'ont ni le titre de décurion ni un titre supérieur (1). Membres à la fois de l'administration municipale et de l'administration centrale, au premier titre ils gèrent les biens des cités, au second titre ils sont chargés de répartir et de recouvrer l'impôt foncier et l'impôt personnel appelé capitation.

De lourdes charges pèsent sur eux : sans compter les jeux et les spectacles publics qu'ils doivent donner à leurs frais, sans compter non plus l'*aurum coronarium* (2), d'abord don volontaire d'une couronne d'or, plus tard impôt en numéraire, qu'ils sont obligés de payer au prince à l'occasion d'un événement heureux, tel qu'une victoire, et qu'ils supportent toujours, ce sont eux qui avancent de leurs deniers, et qui, en cas d'insolvabilité des contribuables, supportent l'impôt foncier (*jugatio* et la capitation ; et tous les ans ils payent à la curie le quart de leur revenu (3). Ces charges n'étaient pas suffisamment compensées par quelques priviléges, tels que l'aptitude exclusive aux honneurs municipaux, l'exemption de la torture et de certaines peines, comme la fustigation ou les travaux des mines (L. 2 § 2; L. 7 § 1; L. 14, *De decur.*, L, 2). Dans de pareilles conditions, la curie avait beau ouvrir son sein à tous les volontaires qui justifiaient d'une propriété foncière de vingt-cinq arpents, les citoyens se montraient peu curieux d'un honneur compromettant pour leur fortune et gênant pour leur liberté (4). Aussi, pour empêcher l'extinction des curies faute de décurions, pour conserver un ressort devenu nécessaire au mouvement et à la vie de l'administration centrale, les empereurs recoururent à des moyens violents : les

(1) Ce sens nouveau du mot *plebeius* est nettement accusé par plusieurs textes (notamment L. 2 §§ 2, 3 et 6; L. 7 § 2, *De decur.*, L, 2).

(2) Cette expression se rencontre déjà dans Cicéron (*De leg. Agr.*, I, 4; II, 22). Elle désignait alors une couronne d'or offerte à un triomphateur (Aul.-Gell., V, 6).

(3) En outre, la curie recueillait un quart de l'hérédité des décurions, lorsque la succession passait à un autre qu'un décurion. Elle recueillait la totalité, lorsqu'ils mouraient sans héritier soit testamentaire, soit légitime (LL. 1 et 2, C., *Quand. et quib. quart. pars*, etc., X, 34. — L. 4, C., *De hered. decur.*, VI, 62).

(4) La liberté des décurions était gênée à un double point de vue. D'abord il leur était interdit d'aliéner soit leurs immeubles, soit leurs esclaves *sine decreto præsidis* (L. 3, C., *De præd. cur.*, X, 33). Justinien leur défendit même d'une manière absolue de faire des donations immobilières, si ce n'est *dotis causa* ou *propter nuptias* en faveur de leurs enfants (Nov. 87, cap. I). En second lieu, des peines sévères étaient prononcées contre les décurions qui, pour se soustraire à leur dignité, fuyaient dans les cloîtres ou dans les armées, se faisaient colons ou entraient dans les ordres ecclésiastiques (Nov. 1 de Majorien. — C. Th., *De decur.*, XII, 1).

curies furent autorisées à s'agréger parmi les propriétaires de vingt-cinq arpents ceux qu'il leur plairait de choisir, et la dignité de décurion fut déclarée héréditaire de père en fils. Mais comme les enfants issus *ex concubinatu* ne suivaient pas la condition de leur père, ils échappaient à cette hérédité onéreuse. Et de là un vide dans la curie, toutes les fois qu'un décurion mourait sans enfants légitimes. C'est pour obvier, s'il était possible, à cet inconvénient, que les empereurs Théodose le Jeune et Valentinien permirent au père naturel de légitimer son fils en l'offrant à la curie de sa patrie. Dans leur désir d'assurer le recrutement de ce corps devenu si nécessaire, ils n'exigèrent même pas que le père fût lui-même décurion.

Avant Justinien, trois conditions étaient requises pour la validité de cette légitimation. Il fallait 1° que le père n'eût pas d'enfants légitimes; 2° qu'il donnât à son fils naturel au moins vingt-cinq arpents de terre (1); 3° que l'enfant consentît à cette légitimation. Justinien supprima la première de ces trois conditions (L. 9 § 3, C., *De nat. lib.*); mais il conserva les deux autres, la seconde parce nul ne pouvait devenir décurion sans posséder au moins vingt-cinq arpents de terre (2), la troisième par application de ces deux idées qu'il est loisible à toute personne de refuser une donation, et que nul individu *sui juris* ne tombe malgré soi sous la puissance paternelle.

Ce mode de légitimation fut, dès son apparition, rendu applicable aux filles : le père les légitimait en les mariant à un décurion et en leur constituant en dot vingt-cinq arpents de terre (L. 3, C., *De nat. lib.*).

Deux décisions de Justinien complétèrent cette théorie. Il admit 1° que, le père venant à mourir sans descendants légitimes, l'enfant naturel pourrait s'offrir lui-même à la curie et par là se légitimer; 2° que la légitimation par oblation à la curie serait applicable même aux enfants issus d'une *ancilla*, mais cela sous la double condition que le père fût lui-même décurion et n'eût pas d'enfants légitimes (Nov. 89, cap. 2).

Au surplus, il s'en faut que l'oblation à la curie entraîne la même

(1) Cette donation ne comptait évidemment pas dans le pécule que sous Justinien on appelle profectice. Elle devait être irrévocable, sans quoi le but aurait été manqué.

(2) Il ne paraît pas qu'autrefois la fortune des décurions dût nécessairement consister en immeubles : il suffisait quelle s'élevât à un certain chiffre (Pline le Jeune, *Ep.*, I, 19).

plénitude d'effets que la légitimation par mariage. L'enfant n'entre pas dans la famille du père, il ne lui emprunte pas ses liens d'agnation; et si le texte des Institutes (§ 13 *sup.*) n'affirmait pas que l'oblation à la curie engendre la puissance paternelle, on croirait volontiers qu'elle n'a d'autre effet que de rendre l'enfant héritier de son père. Encore ce droit de succession n'est-il pas aussi énergique que celui des enfants issus *ex justis nuptiis*, en ce sens que, si le père meurt laissant des enfants légitimes, l'enfant naturel offert à la curie est incapable de recevoir par testament ou à cause de mort une part supérieure à celle de l'enfant légitime le moins prenant. En d'autres termes, son père peut le traiter comme le moins bien partagé de ses enfants légitimes, mais il ne peut le traiter mieux (L. 3, C., *De nat. lib.* — Nov. 89, cap. 2 à 5).

III. — DE L'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Lib. I, tit. XII, *Quibus modis jus potestatis solvitur*, pr. — Videamus nunc quibus modis ii qui alieno juri sunt subjecti eo jure liberantur. Et quidem servi quemadmodum potestate liberantur ex iis intelligere possumus quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt; sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre (1), sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur; mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque, si moriente avo pater eorum et vivit et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus

Voyons maintenant de quelles manières les personnes qui sont soumises à la puissance d'autrui en sortent. Quant aux esclaves, l'exposé déjà fait des modes d'affranchir nous montre comment ils sont libérés de la puissance. A l'égard de ceux qui se trouvent sous la puissance d'un ascendant, lui mort, ils deviennent *sui juris;* mais ceci comporte une distinction. En effet, la mort du père rend dans tous les cas *sui juris* ses fils ou ses filles; mais la mort de l'aïeul ne produit le même résultat pour les petits-fils et les petites-filles qu'autant qu'après sa mort ils ne doivent pas passer sous la puissance de leur père. C'est pourquoi si, au moment de la mort de l'aïeul, leur père vit et se trouve en la puissance de son propre père, alors, une

(1) *Pater* est pris ici tout à la fois dans le sens français de père et dans le sens de *paterfamilias*.

est, aut exiit de potestate patris, tunc ii, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt (Gaius, I, §§ 125 à 127).

fois l'aïeul mort, ils sont en la puissance de leur père. Si au contraire l'aïeul ne meurt qu'après la mort de son propre fils ou celui-ci étant déjà sorti de sa puissance, alors les petits-enfants, ne pouvant pas tomber sous la puissance de leur père, deviennent *sui juris*.

§ 1. — Quum autem is qui ob aliquod maleficium, in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur ut, quia (1) eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac mortuo eo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione, et si is qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. Sed si ex indulgentia principali restituti fuerint per omnia (2), pristinum statum recipiunt (Gaius, I, § 128).

Lorsqu'à raison d'un crime un homme est déporté dans une île, il perd la cité; d'où il suit que, comme il est retranché du nombre des citoyens romains, ses enfants cessent d'être en sa puissance tout comme s'il était mort. Pour un motif semblable, si c'est l'enfant qui est déporté dans une île, il cesse d'être soumis à la puissance de son père. Mais si, par l'indulgence du prince, ils ont été restitués d'une manière absolue, ils recouvrent leur ancien état.

§ 2. — Relegati autem patres in insulam in potestate sua liberi retinent. Et ex contrario, liberi relegati in potestate parentium remanent.

Mais les pères relégués dans une île conservent leurs enfants en leur puissance. Et, à l'inverse, les enfants relégués demeurent en la puissance de leurs ascendants.

§ 3. — Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur qui in metallum damnantur et qui bestiis subjiciuntur.

Celui qui devient esclave de la peine cesse d'avoir ses enfants en sa puissance. Or deviennent esclaves de la peine ceux qui sont condamnés à travailler dans les mines ou à être jetés aux bêtes.

§ 4. — Filiusfamilias, si militaverit,

Le fils de famille qui est militaire

(1) Les manuscrits donnent *qui*, ce qui ne rend pas la phrase incorrecte. Mais *quia* est plus clair, et cette substitution est autorisée par la paraphrase de Théophile.

(2) Certaines éditions mettent la virgule après *fuerint*, ce qui change absolument le sens et aboutit à une erreur. Car il y a deux sortes de restitutions, l'une qui rend au condamné tous les droits qu'il avait avant sa condamnation, l'autre qui ne les lui rend pas. La première est analogue à notre réhabilitation, la seconde à notre grâce.

vel si senator vel consul fuerit factus, manet in potestate patris; militia enim vel consularis dignitas potestate patris filium non liberat. Sed ex constitutione nostra, summa patriciatus dignitas, illico imperialibus codicillis præstitis, filium a patria potestate liberat. Quis enim patiatur patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate?

ou qui devient sénateur ou consul reste sous la puissance de son père; en effet, ni le service militaire ni la dignité de consul n'affranchissent un fils de la puissance paternelle. Mais, en vertu de notre constitution, la haute dignité de patrice, une fois les lettres impériales délivrées, libère immédiatement le fils de la puissance paternelle. Qui souffrirait en effet que, par la voie de l'émancipation, un père pût dégager son fils du lien de sa puissance, et que la grandeur impériale n'eût pas le droit de soustraire à la puissance d'autrui celui qu'elle s'est choisi pour père?

§ 5. — Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii; quia hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. Idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postliminium a limine et post (1). Unde eum qui ab hostibus

Si le père a été fait prisonnier par les ennemis, quoiqu'il soit leur esclave, néanmoins la condition des enfants se trouve en suspens à raison du *jus postliminii*, parce que ceux qui ont été pris par les ennemis recouvrent, s'ils reviennent, tous leurs droits antérieurs. C'est pourquoi le captif de retour aura aussi ses enfants en sa puissance, attendu que par l'effet du *postliminium* il est réputé être toujours resté citoyen. Que si le père meurt chez l'ennemi, c'est du jour où il a été fait prisonnier que son fils est réputé *sui juris*. Le fils lui-même ou le petit-fils venant à être pris par les ennemis, nous disons pareillement qu'à cause du *jus*

(1) Cicéron atteste que cette étymologie avait déjà été donnée par Scévola, tandis que Servius faisait simplement dériver *postliminium* de *post* (*Top.*, 8). Plutarque (*Quæst. Rom.*, 5) rapporte que le captif ne devait pas rentrer chez lui par la porte, mais par la cour et le toit. D'où l'on a tiré une autre étymologie, mais d'autant plus contestable que le fait rapporté par Plutarque n'est pas certain, et que le *postliminium* était acquis au captif bien avant qu'il rentrât dans sa maison.

captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus; nam limina sicut in domibus finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est quasi finis quidam et terminus. Ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur quo amissus fuerat. Sed et qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur (Gaius, I, § 129).

postliminii le droit de puissance du père se trouve aussi suspendu. Mais le mot *postliminium* a été formé de *limen* et de *post*. C'est pourquoi de celui qui, pris par les ennemis, est ensuite rentré sur notre territoire, nous disons avec raison qu'il est revenu par *postliminium :* car de même que le seuil des maisons forme comme une frontière, ainsi les anciens ont appelé seuil la frontière de l'empire. Voilà pourquoi aussi *limes* se dit pour signifier frontière ou limite. De là le mot *postliminium*, parce que le captif repasse, pour revenir, le seuil qu'il avait passé pour se perdre. Mais on dit aussi du captif qui est repris sur les ennemis vaincus qu'il est revenu par *postliminium*.

§ 6. — Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentium esse. Sed emancipatio antea quidem, vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes judices vel magistratus parentes intrent, et sic filios suos vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps, sua manu demittant. Et tunc ex edicto prætoris in hujus filii vel filiæ, vel nepotis vel neptis bonis, qui vel quæ a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti quæ tribuuntur patrono in bonis liberti; et præterea si im-

En outre, les enfants sortent aussi de la puissance paternelle par l'émancipation. Or jusqu'ici l'émancipation se faisait, soit par d'antiques formalités légales, consistant en des ventes imaginaires suivies d'affranchissements, soit par rescrit impérial. Mais dans notre sagesse nous avons rendu une constitution pour améliorer cet état de choses, de sorte que, la vieille fiction étant mise de côté, les parents puissent tout droit s'adresser aux juges ou aux magistrats compétents, et ainsi libérer de leur puissance leurs fils ou filles, leurs petits-fils ou petites-filles et autres descendants. Et alors, conformément à l'Édit du préteur, le père a sur les biens du fils ou de la fille, du petit-fils ou de la petite-fille qu'il a libérés les mêmes droits qu'un patron sur les biens de son

pubes sit filius vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

affranchi; et en outre, en cas d'impuberté du fils, de la fille ou des autres descendants, c'est le père lui-même qui en vertu de l'affranchissement acquiert la tutelle.

§ 7. — Admonendi autem sumus, liberum arbitrium esse ei qui filium et ex eo nepotem vel neptem in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere; et, ex diverso, filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote et pronepte dicta esse intelligantur.

Nous devons avertir que le père qui a en sa puissance un fils et de celui-ci un petit-fils ou une petite-fille est libre de faire sortir le fils de sa puissance et d'y retenir le petit-fils ou la petite-fille, et, à l'inverse, de garder le fils en sa puissance tout en libérant le petit-fils ou la petite-fille, ou de les rendre tous *sui juris*. Les mêmes décisions doivent être appliquées à un arrière-petit-fils ou à une arrière-petite-fille.

§ 9. — Illud autem scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filiam postea emancipaveris vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur in potestate tua nascitur; quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subjicitur: et quod neque naturales liberi neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentes de potestate sua eos dimittere.

Mais il faut savoir que si votre bru a conçu de votre fils, et qu'ensuite vous émancipiez votre fils ou le donniez en adoption alors que votre bru est déjà enceinte, l'enfant qu'elle met au monde naît néanmoins en votre puissance; que s'il a été conçu après l'émancipation ou l'adoption, c'est à la puissance de son père émancipé ou de l'adoptant son aïeul qu'il est soumis. Il faut savoir aussi que les enfants, soit naturels, soit adoptifs, ne peuvent pour ainsi dire jamais forcer leurs ascendants à les libérer de leur puissance.

118. Laissant de côté la mort du fils de famille, qui emporte plein anéantissement de sa personne juridique comme de sa personne physique, on peut diviser en deux catégories les modes de dissolution de la puissance paternelle. Par les uns, l'enfant devient *sui juris* sans sortir de la famille où l'avait placé la naissance, l'adoption ou la légitimation; les autres, au contraire, brisant le lien d'agnation qui le rattachait, soit à son père, soit aux agnats de son père, lui font perdre

tous ses droits de famille. On dit, dans ce second cas, qu'il subit une *capitis deminutio* (nos 177 et s.).

Les modes de la première classe sont au nombre de quatre :

1° *Mort du père de famille.* — Les Institutes (pr. *sup.*) expliquent suffisamment la distinction qu'il faut faire entre les enfants au premier degré et les petits-enfants ou autres descendants, les uns devenant toujours *sui juris*, les autres ne le devenant qu'autant qu'ils se trouvent sous la puissance immédiate du défunt au jour de son décès. La même distinction doit être appliquée aux deux hypothèses qui vont suivre.

2° *Perte de la* CIVITAS *par le père de famille.* — Si la puissance paternelle s'éteint ici, c'est que par son caractère d'institution du *jus civile* elle ne peut appartenir qu'à un citoyen romain. Les Institutes (§ 1 *sup.*) n'appliquent ce principe qu'au cas d'un père condamné à la déportation; mais il est évident qu'on doit l'appliquer aussi lorsque le père cesse d'être citoyen par l'effet d'une autre condamnation (n° 48) ou même indépendamment de toute condamnation, par exemple en émigrant dans une colonie latine (n° 50). Il n'est pas moins évident que la peine de la relégation, n'ôtant pas au père le droit de cité (L. 7 § 3, *De interd.*, XLVIII, 22), ne lui enlève pas non plus la puissance paternelle (1).

3° *Servitude encourue* JURE CIVILI *par le père.* — Si la puissance paternelle n'appartient jamais à un pérégrin, à plus forte raison n'appartient-elle jamais à un esclave. Tel est le principe qu'on applique ici (§ 3 *sup.*). Au premier abord, on serait tenté de croire que, dans le droit définitif de Justinien, les condamnés *ad metallum*, ne perdant plus la liberté (n° 38), conservent aussi la puissance paternelle. Mais je ne puis admettre que la condamnation *ad metallum* produise moins d'effet que la condamnation à la déportation (2) : elle continue donc

(1) Justinien insistant spécialement sur ce point non douteux (§ 2 *sup.*), et ne citant comme application du principe que le cas de déportation, on pourrait être porté à en conclure que la perte de la *patria potestas* doit être considérée comme une peine accessoirement attachée à une autre peine. Mais ce serait là une idée tout à fait fausse, puisque cette puissance s'éteint, quelle que soit la cause qui ôte au père son droit de cité.

(2) La doctrine que j'exprime ici cadre tout à fait avec le motif qui décida Justinien à supprimer la servitude résultant de la condamnation *ad metallum*. Il ne voulait qu'empêcher la dissolution forcée du mariage. Or, le condamné devenant simplement étranger, son mariage peut subsister comme mariage du *jus gentium* ainsi que cela arrive pour le condamné à la déportation (p. 217, note 1).

d'emporter extinction de la puissance paternelle, non plus parce qu'elle rend le condamné esclave, mais parce qu'elle lui ôte le *jus civitatis* (1).

Que décider, quand le père devient esclave *jure gentium?* La condition des enfants est provisoirement en suspens et ne se fixe d'une manière définitive que par son retour ou son décès. S'il rentre sur le territoire romain, et cela, je le suppose, avec le bénéfice du *jus postliminii*, sa puissance est réputée n'avoir pas cessé d'exister, et par conséquent les enfants sont traités comme ayant toujours été *alieni juris* (n° 41). Si au contraire il meurt chez les ennemis, les enfants se trouvent désormais *sui juris*. Mais ce fut une question controversée que de savoir s'il fallait faire rétroagir cette qualité, c'est-à-dire la leur attribuer à compter du jour même où le père était tombé en captivité, ou si au contraire on devait les réputer restés *alieni juris* jusqu'au moment de son décès (Gaius, I, § 129). La question est intéressante à divers points de vue. D'abord, si la rétroactivité est admise, les enfants auront été, pendant la captivité de leur père, capables d'avoir un patrimoine et d'acquérir pour leur propre compte; par conséquent chacun d'eux gardera pour soi toutes celles de ses acquisitions qui se réfèrent à cette époque, tandis que dans la doctrine inverse elles s'ajoutent au patrimoine paternel, donc n'appartiennent à l'enfant qui les a réalisées que dans la mesure de sa part héréditaire, et même ne lui appartiennent pas du tout s'il a été régulièrement exhérédé (L. 12 § 1, *De capt.*, XLIX, 15) (2). Pareillement l'idée de rétroactivité implique que les enfants du captif ont pu s'obliger aussi librement qu'un père de famille quelconque; le sénatus-consulte macédonien, qui annule les prêts d'argent faits aux fils de famille, a donc cessé de leur être applicable dès le jour où leur père lui-même a cessé d'être libre. Si au contraire on ne les répute *sui juris* qu'à partir de sa mort, il faut

(1) Le père dépouillé de sa puissance par l'effet d'une condamnation criminelle la recouvre si plus tard il obtient une restitution *per omnia* ou *in integrum*. C'est ce que les Institutes (§ 1 *sup.*) expriment pour le cas d'une condamnation à la déportation. Mais la même chose est vraie de toute autre condamnation entraînant perte de la puissance paternelle.

(2) Ce même texte fait remarquer que les acquisitions faites par l'esclave du captif mort *apud hostes* s'ajoutent toujours à l'hérédité de ce dernier. Cela tient à ce que l'hérédité du captif n'a pas pu être acquise de son vivant, d'où il suit que nécessairement, lui mort, ses esclaves sont réputés avoir acquis pour l'hérédité qui leur tenait lieu de maître.

invalider tous les prêts d'argent qu'ils ont reçus (L. 1 § 1, *De sen. mac.*, XIV, 6. — N° 591). Enfin, dans le cas où l'un des enfants du captif serait mort avant son père, le sort des biens qu'il a pu acquérir dépend de l'opinion que l'on adopte sur notre question : si on le tient pour mort *alieni juris*, ces biens se confondront avec l'hérédité du captif lui-même ; si au contraire on le répute mort *sui juris*, ils formeront une hérédité distincte (L. 15, *De suis et leg.*, XXXVIII, 16) (1).

De tous les textes que je viens de citer il ressort que la doctrine définitive des Romains consiste à faire rétroagir le décès du père ; les Institutes (§ 5 *sup.*) ne laissent pas même soupçonner qu'elle ait été discutée, et il semble tout d'abord qu'elle n'aurait jamais dû l'être, car la mort du père, coupant court à tout espoir de *postliminium*, vient prouver qu'il a été véritablement esclave et n'a pu conserver la puissance paternelle. Et pourtant, la question, quoique déjà tranchée en ce sens et sans aucune hésitation par le jurisconsulte Julien (L. 22 § 2, *De capt.*), était encore controversée au temps de Gaius (I, § 129), sans doute parce qu'on considérait la dissolution de la puissance comme ayant sa cause dans le décès du père, qui seul avait fait cesser l'incertitude sur la condition de l'enfant (2). Si l'on finit par admettre la rétroactivité, ce fut seulement lorsque les prudents se furent accordés à reconnaître que le prisonnier mort chez les ennemis devait d'une manière générale être réputé mort à l'instant même où il avait perdu la liberté. Or cette règle ne nous apparaît définitivement reçue qu'au commencement du IIIe siècle (L. 18, *De capt.*, XLIX, 15) (3).

4° *Certaines dignités conférées à l'enfant.* — Dans l'ancien droit les fils de famille échappaient à la puissance paternelle lorsqu'ils

(1) Dans cette hérédité l'on ne peut pas comprendre la part que l'enfant prédécédé aurait eue dans la succession de son père, et cela par la raison précédemment exprimée que la succession du captif n'est jamais acquise à personne avant sa mort ; car tant qu'il vit on peut espérer son retour.

(2) Tel est bien le point de vue de Papinien disant que jusque-là l'enfant n'est pas *in plenum patria potestate liberatus* (L. 15, *De suis et leg.*).

(3) Cette règle n'est qu'une extension de la fiction créée par la loi *Cornelia de falsis* (n° 327 *in fine*). Mais il ne faut pas dire avec certains interprètes que, si les enfants sont réputés *sui juris* du jour même où leur père a cessé d'être libre, c'est par application de la loi *Cornelia*. S'il en eût été ainsi, la question n'aurait pas été discutée au temps de Gaius, plus de deux siècles après la loi *Cornelia*, qui fut rendue sous la dictature de Sylla.

étaient inaugurés flamines de Jupiter (1), les filles lorsqu'elles devenaient vestales (Gaius, I, § 130) (2). Ces décisions doivent s'expliquer soit par l'indépendance que paraissaient exiger ces sacerdoces, soit comme compensation des charges et des gênes qu'ils imposaient. Sous Justinien, il n'est plus question ni de flamines ni de vestales; mais en vertu d'une constitution rendue par ce prince (§ 4 *sup.* — L. 5, C., *De consul.*, XII, 3), les hommes investis du titre purement honorifique de patrice (3) sortent de la puissance paternelle. Justinien donne de son innovation un motif assez ridicule. Le patrice devient, par métaphore, le père de l'empereur (4); dès lors il serait intolérable que

(1) Le mot *inaugurare,* tout à fait technique pour signifier la consécration des flamines (Cic., *Phil.*, II, 43. — Tit.-Liv., XXVII, 8), indique que les augures intervenaient dans cette cérémonie pour prendre les auspices. Spécialement sur le flamine de Jupiter, il faut consulter un très-curieux chapitre d'Aulu-Gelle (X, 15). Cet auteur nous fait connaître, par des citations empruntées à l'historien Fabius Pictor et au jurisconsulte Masurius Sabinus, le régime de vie imposé à ce flamine. Le serment et le divorce lui sont défendus. Sa femme morte, il est déchu de son sacerdoce. Mais ces idées élevées se perdent au milieu d'une foule de prescriptions minutieuses et puériles, dont souvent même le sens nous échappe. Pour me borner à deux exemples, il ne lui est pas permis de sortir la tête nue, et les pieds de son lit doivent être enduits d'une légère couche de boue. Tite-Live (V, 52) nous apprend que le flamine de Jupiter ne pouvait pas passer une seule nuit hors de la ville.

(2) Sur les vestales, il faut encore consulter Aulu-Gelle (I, 12). Il nous explique très-bien l'expression *capiuntur virgines vestales* que Gaius emploie pour signifier l'admission d'une jeune fille à la dignité de vestale. D'après la loi *Papia Poppæa*, le grand pontife choisissait vingt vierges remplissant les conditions nombreuses et quelquefois singulières qu'exigeait ce sacerdoce. Puis un tirage au sort en assemblée publique désignait l'élue... ou la victime. Plus simplement, un père de famille offrait sa fille au grand pontife, et le sénat faisait remise des formes établies par la loi. Une fois la jeune fille désignée par le sort ou offerte par son père, le grand pontife la prenait par la main et l'emmenait comme une captive en l'appelant *Amata*.

(3) Ce titre créé par Constantin conférait une noblesse personnelle et non transmissible. Comparé à un *consulatus honorarius*, il était donné à des personnes qui avaient rempli les fonctions de consuls, de préfets du prétoire, de maîtres de la milice ou des offices (L. 3, C., *De consul.*, XII, 3). Or ces personnes étaient toutes membres du sénat. Il est donc visible que dans la pensée des empereurs, ingénieux à exploiter la vanité des subordonnés, ce titre était destiné à établir une distinction entre les sénateurs : c'était un stimulant pour les tièdes. La même politique inspira Justinien, nonobstant les phrases à effet par lesquelles il se dissimule à lui-même le vrai but de son innovation.

(4) Dès avant Justinien, le patrice était réputé père du prince. Et de là cette sanglante ironie adressée par Claudien au patrice Eutrope, ancien préfet de Constantinople, qui avait été condamné à la déportation et avait vu en conséquence ses biens confisqués :

> Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
> Non aliter poteras principis esse pater.
>
> (*In Eutrop.*, Lib. II, *prol.*, v. 49 et 50.)

celui-ci, moins puissant qu'un père de famille, ne pût soustraire à la puissance paternelle celui qu'il s'est choisi pour père. Plus tard la novelle 81, modifiant le droit constaté aux Institutes (§ 4 *sup.*), étendit le même privilége tant aux dignités civiles qui affranchissent de la curie (L. 66, C., *De decur.*, X, 30) qu'à l'épiscopat. A l'égard des évêques, Justinien, insistant sur sa métaphore dont il est visiblement satisfait, nous dit que les pères spirituels (*patres spirituales*) de tout le monde ne sauraient être *in potestate patris.*

119. Les modes de dissolution de la puissance paternelle qui emportaient pour le fils perte de ses droits de famille, peuvent se ramener à cinq :

1° Le fils de famille perd la *civitas*, soit par l'effet d'une condamnation criminelle, soit d'une autre manière, par exemple lorsqu'il émigre, avec l'autorisation de son père (1), dans une colonie latine (§ 1 *sup.* — Gaius, I, § 131).

2° Il encourt l'esclavage *jure civili* (2). — Que s'il devient prisonnier de guerre, la puissance paternelle est seulement suspendue. Revient-il : elle sera réputée n'avoir jamais cessé d'exister. Meurt-il captif : elle aura cessé dès le jour où il a perdu sa liberté (§ 5 *sup.*).

3° Une fille de famille passe sous la *manus* d'un mari ou d'un tiers (Gaius, I, § 136). Les détails que cette matière comporte seront présentés un peu plus loin (n°s 120 et 121).

4° Le fils de famille est donné en adoption. — Mais il faut se rappeler que dans le droit de Justinien l'adoption faite par un ascendant est la seule qui emporte anéantissement de la puissance du père naturel (n° 108).

5° Le fils de famille est émancipé par son père (§ 6 *sup.*). — L'émancipation diffère profondément des quatre modes qui précèdent : des deux premiers, en ce qu'elle n'entraîne pas l'idée d'une déchéance pour l'enfant; des deux derniers, en ce qu'au lieu de passer sous une nouvelle puissance, il devient *sui juris.*

Envisagée dans ses formes, l'émancipation n'est guère qu'une combinaison de celles de l'affranchissement *vindicta* (n° 54) et de la mancipa-

(1) Je traduis par *autorisation* le mot *jussus* qu'emploie Gaius. Si ce mot désignait un ordre, nous aurions ici une violation du principe d'après lequel nul ne cesse malgré soi d'être citoyen romain (n° 48).

(2) Il faut répéter ici l'observation déjà présentée sur l'effet de la *restitutio per omnia*, et sur les conséquences attachées dans le droit de Justinien à la condamnation *ad metallum* (page 270, note 2; page 271, note 1).

tion (n° 222). C'est une application des trois principes suivants : 1° la puissance paternelle donne au père le droit de manciper ses enfants, et par voie de conséquence, de les soumettre au *mancipium* d'un tiers (n° 77); 2° quand il s'agit d'un enfant mâle au premier degré, la puissance paternelle n'est définitivement épuisée que par trois mancipations successives. A l'égard de tous autres descendants, une seule mancipation suffit pour obtenir ce résultat. La différence que l'on fait à cet égard entre le fils d'une part, et d'autre part les filles et les petits-enfants ou autres descendants se fonde sur une interprétation littérale d'un texte des Douze Tables ainsi conçu : *Si pater filium ter venumdabit, filius a patre liber esto* (Gaius, I, § 132). — Ulp. X § 1) (1); 3° le *mancipium* se dissout, comme la *dominica potestas*, par un affranchissement *vindicta* (Gaius, I, § 138). — Ces principes posés, voici comment on les applique ici : s'il s'agit d'un fils, le père le mancipe à un tiers qui se trouve ainsi investi de la puissance appelée *mancipium*. Mais comme cette mancipation n'est qu'un moyen et non pas un but, le tiers doit affranchir l'enfant *vindicta*, et alors celui-ci retombe de plein droit sous la puissance de son père. Viennent ensuite une seconde mancipation et un second affranchissement suivis du même effet. Enfin le père mancipe une troisième fois l'enfant (2), et par là sa puissance paternelle est désormais éteinte d'une manière définitive. Que s'il s'agit d'une fille ou d'un petit-enfant, au lieu de ces trois mancipations nous n'en avons qu'une seule. Au point où nous sommes arrivés, l'enfant est bien libéré de la *patria potestas;* mais il n'est pas encore *sui juris*, il est *in mancipio*. Il s'agit donc maintenant de le faire sortir du *mancipium*. Or, pour atteindre ce but, il y a deux voies possibles. Quelquefois le tiers investi du *mancipium* l'affranchit lui-même. Plus ordinairement la dernière ou l'unique mancipation aura été accompagnée d'un contrat de fiducie (3) portant

(1) Lorsque le père ne mancipe sa fille ou son petit-enfant que pour aboutir à une émancipation immédiate, cette interprétation des Douze Tables est une simplification très-rationnelle. Mais quand il les mancipe sérieusement, elle leur est défavorable; car le jour où ils sortiront du *mancipium*, ils ne resteront pas dans la famille paternelle; ils y auront définitivement perdu tous leurs droits, notamment les droits de succession.

(2) Les trois mancipations pouvaient fort bien n'être faites ni le même jour, ni à la même personne, ni devant les mêmes témoins (Paul, II, 25 § 3). Pour le cas où un intervalle les sépare, Gaius signale une controverse qui sera rapportée à propos des effets du *mancipium* (n° 123).

(3) En général, par le contrat de fiducie, un acquéreur s'engage, pour un cas

que le tiers sera obligé de remanciper l'enfant à son père; et alors c'est celui-ci qui, investi du *mancipium* par l'exécution de ce contrat, fait lui-même l'affranchissement définitif. On dit dans ce second cas que l'émancipation a lieu *contracta fiducia*. Il y a un grand intérêt à distinguer si ce dernier affranchissement a été l'œuvre du tiers ou du père; en effet, celui qui affranchit une personne placée *in mancipio* est assimilé à un patron, donc investi du droit de tutelle, s'il s'agit d'un pupille ou d'une femme, et dans tous les cas appelé, à défaut d'enfants, à la succession légitime du *manumissus* (1). Il est donc évident que par le contrat de fiducie le père se réserve ces droits, tandis qu'en laissant faire l'affranchissement définitif par le tiers, il s'en dépouille au profit de celui-ci (2).

Comme on le voit, les formes de l'émancipation rappellent celles de l'adoption proprement dite. D'autres ressemblances doivent être relevées entre ces deux actes : 1° l'émancipation constitue un acte de juridiction gracieuse, et cela tient à ce qu'elle suppose un ou plusieurs affranchissements *vindicta* (L. 2 pr., *De off. proc.*, I, 16); 2° elle ne comporte ni terme ni condition, et cela pour les mêmes raisons que l'adoption (n° 104); 3° elle exige la présence de l'enfant comme chose mancipée, et implique qu'il consent à l'émancipation ou tout au moins ne s'y oppose pas (Paul, II, 25 § 5); car, de même qu'on n'impose à personne des héritiers siens dont il ne veut pas, de même nul ne peut contre son gré être dépouillé de cette qualité; 4° le consentement du père de famille est absolument nécessaire, et en principe ne saurait être contraint (3). Mais lorsque c'est un aïeul qui émancipe son petit-fils, le consentement du père qui les sépare est inutile (§ 7 *sup.*).

donné, à retransférer la chose à l'aliénateur (n° 647). Cependant lorsque le tiers devait affranchir lui-même, on peut croire que la convention qui l'y obligeait constituait aussi un contrat de fiducie, puisque la tutelle déférée à ce tiers ou à ses enfants s'appelle tutelle fiduciaire (Gaius, I, § 166).

(1) Les textes emploient, et je n'ai pas besoin de dire pourquoi, les expressions *manumittere* et *manumissio* comme synonymes de *emancipare* et *emancipatio* (L. 107, *De verb. obl.*; XLV, 1. — *Si a par. quis manum.* (XXXVII, 12).

(2) On verra plus tard (n° 443) qu'en matière de succession le préteur réagit ici contre le droit civil, en créant au profit du père et de quelques autres parents une *bonorum possessio* qui les rendait préférables au *manumissor extraneus*.

(3) Par exception, il y a quelques cas où le fils de famille peut exiger son émancipation. On a déjà vu le cas de l'adrogé impubère (n° 112 *in fine*), celui d'un fils maltraité et d'une fille que son père prostitue (n° 77). Les textes nous en font connaître un autre sur lequel il y avait eu controverse : il faut supposer que le père a reçu une libéralité testamentaire sous la condition ou avec prière d'émanciper son

Envisagée dans ses effets, l'émancipation laisse à l'enfant les *jura cognationis* que lui enlèverait la perte de la cité ou de la liberté (L. 4 § 10, *De grad.*, XXXVIII, 10). Bien que ses liens d'agnation soient brisés, le préteur lui conserve ses droits de succession par rapport au père et aux ascendants paternels (Gaius, II, § 135; III § 26). Enfin l'émancipé est réputé donataire du pécule que le père ne lui retire pas expressément, désormais donc il le tient non plus à titre de concession révocable, mais bien comme propriétaire (*Fr. Vat.*, § 260. — L. 31 § 2, *De donat.*, XXXIX, 5). Sur ces deux derniers points l'émancipé est mieux traité que l'enfant donné en adoption ou la femme tombée *in manum*. Il est inutile d'ajouter que l'émancipation n'exerce aucune influence sur la condition des enfants déjà nés ou conçus des *justæ nuptiæ* de l'émancipé. Par application de principes déjà exposés (n° 37), ces enfants restent ou naissent sous la puissance du père émancipateur (§ 9 *sup.*).

Telle est la théorie classique de l'émancipation. Que si nous recherchons les modifications qu'elle reçut sous le Bas-Empire, nous pouvons les ramener à quatre : 1° Constantin décida que l'émancipation pourrait être révoquée en cas d'ingratitude. Comme conséquence accessoire, cette révocation entraînait retour au père des donations par lui faites à l'émancipé et sans doute aussi acquisition de tous les autres biens appartenant à ce dernier (*Fr. Vat.*, § 248. — L. unic., C., *De ingr. lib.*, VIII, 50). On retrouve ici le même esprit qui avait permis la révocation de la liberté à l'égard des affranchis ingrats (n° 38); 2° l'empereur Anastase, ainsi qu'on le verra plus tard (Inst., § 3, *De leg. agnat. tut.*, I, 15. — Inst., § 1, *De succ. cogn.*, III, 5), conserva à l'enfant émancipé, mais non pas à ses descendants, une bonne partie des droits que la rupture de ses liens d'agnation lui faisait perdre autrefois; 3° ce même empereur Anastase, par une constitution à laquelle il est fait allusion aux Institutes (§ 6 *sup.*) et au Code (L. 5, *De emancip.*, VIII, 49), combla une lacune de l'ancien droit, en décidant que le fils de famille absent pourrait être émancipé par rescrit impérial. Ce rescrit, rendu sur la demande du père, devait être inséré *apud acta judicis*, et, hormis le cas où il s'agissait d'un *infans*, il n'opérait que par le consentement du fils expressément donné *apud*

enfant. Le préteur interviendra au besoin pour faire exécuter cette disposition (L. 92, *De cond. et dem.*, XXXV, 1). C'est à de telles hypothèses que fait allusion le mot *pene* du paragraphe 9 (*sup.*).

acta. Cette forme d'émancipation s'appelle émancipation Anastasienne et produit exactement les effets de l'affranchissement *contracta fiducia* (L. 11, C., *De leg. hered.*, VI, 58); 4° Justinien, pour mettre la théorie d'accord avec la pratique de son temps, supprima les anciennes formes tombées en désuétude. Désormais, l'émancipation se fit par une simple déclaration devant le magistrat (§ 6 *sup.* — L. 6, C., *De emanc.*); mais elle impliqua toujours un contrat de fiducie sous-entendu, et en conséquence les droits de tutelle et de succession furent nécessairement réservés au père (1).

DE LA *manus* (2).

120 *a*. La *manus*, puissance modelée sur la *patria potestas*, appartient comme elle au *jus civile* (Gaius, I, § 108); mais les femmes seules peuvent y être soumises (Gaius, I, § 109), et elle ne résulte jamais du seul fait de la naissance. Elle peut être constituée soit *matrimonii causa*, soit *fiduciæ causa*. Dans le premier cas, c'est toujours au mari qu'elle appartient, et elle est établie pour durer aussi longtemps que le mariage. Dans le second cas, elle peut appartenir soit au mari, soit à un tiers, et elle n'est établie que d'une manière passagère, comme moyen de procurer certains résultats juridiques.

De la MANUS *établie* MATRIMONII CAUSA. — Il est fort probable que dans les mœurs anciennes la *manus* accompagnait presque toujours le mariage. Mais l'on peut tenir pour certain qu'à aucune époque elle n'en résulta comme conséquence immédiate et nécessaire (3). Il fallut toujours, pour la produire, une solennité spéciale ou un fait distinct du mariage. Elle pouvait résulter ou de la *confarreatio*, ou de la *coemptio*, ou de l'*usus* (Gaius, I, § 110).

(1) Justinien a pourtant laissé se glisser au Digeste une mention du contrat de fiducie qu'en réalité il avait supprimé tout en en conservant les effets (L. 2 § 15, *Ad sct. Tertull.*, XXXVIII, 17).

(2) Le mot *manus*, qui désigne ici une espèce spéciale de puissance, s'employait quelquefois dans un sens plus large et s'appliquait à toutes les puissances domestiques. Ainsi Ulpien et Justinien l'emploient comme synonyme de *potestas dominica* (L. 4, *De just. et jur.*, I, 1. — Inst., pr., *De libert.*, I, 5); et l'on trouve dans une constitution de Justinien l'expression *manus paterna* pour *patria potestas* (L. 1 § 2, C., *De ann. except.*, VII, 40).

(3) C'est ce que prouve l'existence même de l'un des modes d'acquisition de la *manus*, savoir l'*usus*.

1° *Confarreatio*. — On appelait ainsi un sacrifice accompli par le grand pontife ou le flamine de Jupiter, en présence de dix témoins représentant peut-être les dix curies de la tribu à laquelle appartenait la femme. Des paroles solennelles étaient prononcées, la femme tenant à la main un pain de froment, symbole religieux de son association aux *sacra* et à la vie entière du mari (Gaius, I, § 112. — Ulp., IX. — Servius *sur Virgile, Georg.*, I, v. 31). La *confarreatio* paraît n'avoir été accessible qu'aux patriciens, et il est certain que les enfants issus de mariages ainsi contractés possédaient seuls l'aptitude à devenir soit flamines de Jupiter, de Mars ou de Quirinus, soit *reges sacrorum* (1). Volontiers même croirais-je qu'anciennement tous les sacerdoces leur étaient réservés, et ainsi s'expliquerait peut-être pourquoi les dignités sacerdotales furent celles dont les patriciens gardèrent le plus longtemps le monopole. Mais peu à peu la *confarreatio* s'en alla, comme s'en vont toutes les institutions religieuses qui ont perdu le souvenir de leur origine et la conscience de leur but; et, en l'an 776, on eut peine à trouver dans la Rome de Tibère trois patriciens issus *ex confarreatis nuptiis* parmi lesquels on pût choisir, selon l'ancien usage, un flamine de Jupiter. Tacite, qui rapporte le fait (*Ann.*, IV, 16), explique cette désuétude par trois motifs, savoir : l'indifférence générale en matière religieuse, les complications mêmes de la solennité, enfin la répugnance des pères à sacrifier leur puissance, ou des femmes *sui juris* à tomber *in manum*. Un sénatus-consulte, que Tacite appelle *lex*, intervint à cette occasion et décida que la femme du flamine de Jupiter ne passerait plus sous la puissance maritale qu'en ce qui concernait le culte, qu'à tous autres égards elle conserverait sa situation antérieure, c'est-à-dire resterait *sui juris* ou sous la puissance de son père (2). Postérieurement, un autre sénatus-consulte étendit cette décision à tout mariage contracté avec *confarreatio*, de sorte qu'à l'époque de Gaius cette solennité avait véritablement cessé de constituer un mode d'acquisition de la *manus* (Gaius, I, § 136).

(1) Le *rex sacrorum* ou *rex sacrificulus* était un prêtre chargé de faire certains sacrifices publics autrefois accomplis par les rois (Festus, v° *Sacrificulus rex*).

(2) Le mariage était absolument exigé du flamine de Jupiter. Et c'est pourquoi ni lui ni sa femme ne pouvaient divorcer; c'est pourquoi aussi, devenu veuf, il perdait sa fonction (Aulu-Gelle, X, 15 §§ 22 et 23. — Festus, v° *Flamen*). Il est remarquable qu'à l'inverse la virginité était tellement imposée aux vestales que l'oubli de ce devoir entraînait pour elles la mort. On les enterrait vivantes (page 273, notes 1 et 2).

2° *Coemptio.* — Il faut supposer la femme mancipée au mari, soit par elle-même si elle est *sui juris*, soit par son père si elle est fille de famille. Cette mancipation se fait dans les mêmes formes générales que toute autre mancipation; mais les paroles prononcées par l'acquéreur diffèrent de celles qu'il prononcerait s'il s'agissait pour lui d'acquérir la propriété d'un esclave ou le *mancipium* sur un fils de famille; et, grâce à cette différence qu'il nous est impossible de préciser, la femme ne se trouve pas même un seul instant, et pour la forme, placée *in servili causa* comme cela a lieu pour le fils de famille que son père mancipe (Gaius, I, §§ 113 et 123). On a dit sans preuves que la *coemptio* n'était applicable qu'entre plébéiens; mais cette proposition, en admettant qu'elle ait été vraie à une époque ancienne, dut cesser de l'être le jour où les mariages furent permis entre les deux ordres, et à plus forte raison lorsque la *confarreatio* eut perdu son antique effet.

3° *Usus.* — De même que la propriété des choses mobilières s'acquérait par une possession prolongée pendant une année, de même par une cohabitation continue le mari acquérait la *manus* sur la femme que ni la *confarreatio* ni la *coemptio* n'avaient placée sous sa puissance. Mais, en découchant trois nuits de suite dans la même année, la femme prévenait ce résultat : il y avait alors interruption de l'usucapion (*usurpatio*). Telles étaient les dispositions de la loi des Douze Tables (Gaius, I, § 111. — Aul.-Gell., III, 2), dispositions qui à l'époque de Gaius n'étaient plus qu'un souvenir historique. Les lois ou les mœurs les avaient fait disparaître.

Reste à faire observer que pour tomber *in manum*, comme pour se marier, la femme avait absolument besoin du consentement de son père si elle était fille de famille, et si elle était *sui juris*, de l'*auctoritas tutoris* (1).

Quant aux effets de la *manus* établie *matrimonii causa*, ils se résument en un seul : la femme est traitée en droit comme étant, par rapport à son mari, *loco filiæ* (Gaius, I, §§ 111 et 114). Et de là notamment les conséquences suivantes : 1° le mari a sur elle le *jus vitæ necisque*, et ici comme à l'égard des enfants, ce droit s'explique

(1) Il suit de là que la femme *sui juris* ne pouvait tomber *in manum* par l'*usus*. Car l'*auctoritas* du tuteur devant être interposée *in ipso actu*, et supposant la prononciation de paroles solennelles, on ne la conçoit qu'appliquée à un acte positif; on ne la conçoit pas validant les résultats d'une simple inaction prolongée (Cic., *pro Flacco*, 34).

par l'idée d'une magistrature domestique. Nous voyons, en effet, par un passage de Tacite (*Annal.*, XIII, 32) que, sous le règne de Néron, une femme, nommée Pomponia Græcina, ayant été accusée de participation à des superstitions étrangères (1), le soin de la juger fut abandonné à son mari, et que celui-ci procéda à l'examen de la cause et au jugement en présence des proches parents de la femme; en quoi, dit Tacite, il ne faisait que suivre une coutume ancienne, et cette coutume est, en effet, constatée par Denys d'Halicarnasse (II, 25) (2); 2° le culte privé du mari devient désormais celui de la femme, et elle le conserve nonobstant la dissolution de la *manus*, pourvu qu'elle n'ait pas subi de *capitis deminutio*; 3° ses biens s'absorbent dans le patrimoine du mari (Gaius, III, § 83), ou pour mieux dire, les biens de l'un et de l'autre forment désormais une masse unique dont ils ont la copropriété et dont le mari seul a l'administration et la disposition (Denys d'Hal., II, 25); 4° elle est désormais *heres sua* du mari, et par conséquent le testament par lui fait avant l'acquisition de la *manus* est rompu et a besoin d'être refait (Gaius, II, §§ 139 et 159); 5° elle lui emprunte tous ses liens d'agnation, et par suite elle est civilement la petite-fille du père de son mari, la sœur de ses propres enfants, etc. De là entre elle et ces personnes des droits de succession réciproques que le droit civil n'admettait pas en dehors de la *manus* (n°s 420 et 233). De là encore cette conséquence que, devenue *sui juris* par le veuvage, elle peut se trouver placée sous la tutelle légitime des plus proches agnats de son mari, de ses enfants peut-être (n° 194).

Il est remarquable que, tandis que le fils de famille ne pouvait pas exiger son émancipation, la femme trouvait dans le divorce un moyen toujours disponible pour s'affranchir de la *manus*. Non que le divorce emportât de plein droit dissolution de cette puissance; mais il obligeait légalement le mari à la dissoudre (Gaius, I, § 137). Comment s'obtenait ce résultat? Quand la *manus* avait été établie par la *confarreatio*, elle se dissolvait par une solennité religieuse appelée *diffar-*

(1) Tacite évidemment désigne ici ou le judaïsme ou le christianisme.

(2) Tite-Live (XXXIX, 18) rapporte aussi que les femmes condamnées pour avoir participé aux mystères des bacchanales furent livrées aux personnes sous la puissance desquelles elles étaient placées, c'est-à-dire à leurs pères ou à leurs maris, afin que l'application de la peine fût faite *in privato*. Ce texte confirme tout à la fois ceux que je viens de citer et ceux que j'ai rapportés précédemment pour établir le vrai caractère du pouvoir du père sur la personne de ses enfants (n° 76); mais il a moins de portée, parce qu'ici les personnes investies de la puissance ne jugent pas; elles ne font qu'exécuter un jugement.

reatio (Festus, v° *Diffarreatio*) (1). Quand elle avait été constituée par la *coemptio* ou par l'*usus*, il suffisait d'une mancipation suivie d'affranchissement. Telle est du moins la conjecture qu'autorise l'analogie de la *manus* avec la puissance paternelle, et que paraît justifier un texte mutilé de Gaius (I, § 137).

A mesure que le divorce entra dans les mœurs romaines, la *manus* en sortit, et dès la fin de la république elle avait cessé d'être le fait ordinaire. Par l'abandon de cette vieille institution la femme mariée ne perdait plus ses droits dans la famille de son père, qui continuait d'être la sienne; mais, en revanche, n'entrant pas dans celle du mari, elle n'avait plus rien à espérer de ce côté : civilement elle restait une étrangère pour ses enfants eux-mêmes. Et de là une iniquité contre laquelle réagirent d'abord le droit prétorien par la création des *bonorum possessiones unde vir et uxor* et *unde cognati* (n°s 443 et 456), et plus tard le droit civil lui-même par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien (n°s 433 à 436). Grâce à ces innovations, grâce aussi à l'introduction de l'action *rei uxoriæ*, jadis inconnue et inutile, la *manus* acheva de disparaître, et à la fin du troisième siècle de l'ère chrétienne il n'en est plus question.

121 *a. De la manus établie fiduciæ causa.* — Ce genre de *manus* ne s'établit jamais que par voie de *coemptio* et sur une femme *sui juris*. Celui qui la reçoit (*coemptionator*), que ce soit le mari ou un tiers, s'engage toujours à manciper immédiatement la femme à une personne qui l'affranchira *vindicta* en vertu d'un contrat de fiducie et à lui restituer ses biens (n°s 479). Et de là l'expression de *coemptio fiduciæ causa* (Gaius, I, § 114). Il est donc bien manifeste que cette *coemptio*, comme la mancipation du fils que le père veut émanciper ou donner en adoption, n'est pas le but final des parties, elle n'est qu'une simple forme nécessaire pour atteindre un but plus éloigné. Trois applications seulement nous en sont révélées par les textes : 1° une femme est appelée à une hérédité. Pour ne pas s'imposer la gêne des *sacra* du défunt, elle fait la *coemptio* avec un vieillard sans enfant : ce vieillard lui donne l'ordre de faire adition, devient héritier par elle, puis l'affranchit et lui restitue les biens compris dans l'hérédité. Mais il reste lui-même

(1) La seule existence de ce mode de dissolution de la *manus* prouve que si dans le principe la *confarreatio* entraînait peut-être indissolubilité du mariage (page 219, note 2), cela ne dura pas très-longtemps; toutefois la nécessité d'une *diffarreatio* rendait le divorce plus difficile et plus lent, et cela contribue à nous expliquer la prompte disparition de la *confarreatio*.

héritier et soumis aux charges que ce titre impose, notamment à l'accomplissement des *sacra* qui, attendu son âge, ne tarderont pas à s'éteindre. Cette *coemptio* est dite *interimendorum sacrorum causa* (Cic., *pro Murena*, 12); 2° anciennement, aucune femme, à l'exception des vestales, ne pouvait tester sans avoir subi une *capitis deminutio* (Cic., *Top.*, 4. — Aulu-Gell., I, 12 § 9) (1). En conséquence, la femme, pour acquérir cette capacité, faisait la *coemptio* avec un tiers qui se hâtait de l'affranchir. Un sénatus-consulte rendu sous Adrien supprima ce vieil usage (Gaius, I, § 115ª); 3° la femme qui n'était pas sous la tutelle légitime de ses agnats ou d'un patron pouvait changer de tuteurs à discrétion. Pour cela, avec l'*auctoritas* de ses tuteurs, elle se mancipait à un tiers et se faisait remanciper par lui à un homme de son choix; cet homme l'affranchissait et devenait son tuteur, tuteur évidemment complaisant (Gaius, I, § 115). A ces applications de la *coemptio fiduciaria* on reconnaît facilement qu'elle ne porte pas l'empreinte d'une haute antiquité : elle ne fut qu'un détour imaginé par la subtilité des praticiens pour éluder des lois qui avaient fait leur temps. Elle-même fut rendue inutile et disparut par une conséquence des trois faits suivants : l'abandon des *sacra*, les deux sénatus-consultes précédemment mentionnés, l'abrogation partielle ou la désuétude progressive de la tutelle des femmes pubères.

DU *mancipium*.

122 *a*. Cette puissance, assez semblable à la *dominica potestas*, si ce n'est qu'elle appartient au *jus civile*, ne peut être établie que sur un fils de famille ou sur une femme *in manu*. Elle résulte d'une mancipation faite à un tiers par la personne actuellement investie de la puissance (Gaius, I, §§ 117 et 118). A l'époque de Gaius, le *mancipium* ne présentait un caractère vraiment pratique que dans deux cas : 1° il intervenait comme condition de forme, comme moyen, et non comme but, lorsque le père de famille voulait émanciper son fils ou le donner

(1) Cette règle, bizarre en apparence, est bien facile à expliquer. De même qu'à l'époque de Gaius, la femme *sui juris*, qui a pour tuteur son ascendant ou son patron, n'est pas admise à se dépouiller malgré lui et par conséquent ne teste pas sans sa volonté (n° 165), de même il y eut un temps où celle qui avait des agnats ne pouvait leur enlever sa succession. En la déclarant incapable de tester on assurait leur droit. Mais par la *capitis diminutio*, elle cessait d'avoir des agnats, elle devenait donc capable.

en adoption, et lorsque le *coemptionator* voulait libérer la femme de la *manus* (nos 103, 119 et 120). En ce cas la femme ou le fils ne font que passer sous le *mancipium*, ils n'y restent pas ; 2° les personnes *in patria potestate* ou *in manu* ayant commis un délit, celui qui est investi de la puissance les abandonne à l'individu lésé afin d'échapper à l'action pénale. Ici le *mancipium* est établi comme puissance sérieuse (Gaius, I, §§ 118a et 141). Hors ces hypothèses, il ne se rencontrait que comme conséquence de l'extrême misère des parents. Sous Justinien il n'est plus du tout question de ce genre de puissance, mais la vente des enfants reste permise pour un cas déjà indiqué (n° 77).

Les effets du *mancipium* peuvent se résumer dans cette formule : L'individu placé *in mancipio* est *loco servi* sans être *servus* (Gaius, I, §§ 123 et 134; III, § 114).

De ce qu'il est *loco servi* résultent les conséquences suivantes : 1° il est tenu, si le *mancipium* est sérieux, de travailler pour le compte de l'acquéreur (*Collat. leg. Mosaic.*, tit. II, cap. 3); 2° il n'acquiert soit des droits de propriété, soit des créances, que pour le compte de celui-ci (Gaius, II, §§ 86 et 90; III, § 163); 3° il est incapable de s'obliger civilement par un contrat (Gaius, III, §§ 104 et 114); 4° il ne devient *sui juris* que par un affranchissement fait dans les formes ordinaires, c'est-à-dire *vindicta*, *censu* ou *testamento* (Gaius, I, § 138); 5° cet affranchissement confère au *manumissor* les droits de tutelle et de succession attachés à la qualité de patron (Gaius, I, § 166. — Inst., § 3, *De bon. poss.*, III, 9. — Nos 134 et 426 *in fine*) ; 6° la personne investie du *mancipium* ne peut faire aucune disposition testamentaire au profit de l'individu *in mancipio* sans lui léguer expressément la liberté (Gaius, I, § 123); et, en l'instituant, elle en fait un héritier nécessaire (Gaius, II, § 160) (1); 7° enfin il est bien probable qu'aussi longtemps que dure le *mancipium*, celui qui y est soumis ne peut pas exercer ses droits de citoyen.

D'autre part, ai-je dit, l'individu *in mancipio* conserve sa qualité d'homme libre, et de là aussi plusieurs conséquences : 1° il ne subit pas la *capitis deminutio maxima*, mais seulement la *minima* (Gaius, I, § 162). Donc, affranchi du *mancipium* il restera ingénu en principe (Paul, V,

(1) Cet héritier, quoique simplement nécessaire et non pas *suus*, aura le bénéfice d'abstention (n° 345). Cette singularité, que constate le texte de Gaius, s'explique par sa qualité d'homme libre : on veut lui éviter l'infamie à laquelle il n'échapperait pas, si on ne lui donnait, comme à l'esclave institué par son maître, que le bénéfice de séparation (n° 343).

1 § 1) et recouvrera le plein exercice de ses droits politiques. S'il est traité comme affranchi, ce sera seulement en ce qui concerne les droits de tutelle et de succession (1); 2° n'étant pas un objet de propriété, il ne serait pas compris dans la *venditio bonorum* faite à la diligence des créanciers de celui à qui appartient le *mancipium*, et c'est pourquoi on ne lui applique pas la disposition par laquelle la loi *Ælia Sentia* annule les affranchissements faits *in fraudem creditorum* (Gaius, I, § 139); 3° les dispositions de la même loi relativement à l'âge du maître et de l'esclave, pareillement celles de la loi *Fusia Caninia*, cessent aussi à son égard (Gaius, I, § 139). Car ici l'affranchissement n'emporte pas extinction d'un droit de propriété et ne fait pas entrer dans la cité un nouveau membre; 4° on admet même que l'individu *in mancipio* peut exiger la *manumissio censu*, à moins que l'acquéreur ne fût convenu de le remanciper au père ou que la mancipation ne soit la conséquence d'un délit. Encore en ce dernier cas peut-il se faire émanciper dès que par son travail ou par des acquisitions quelconques il a réparé le dommage qu'a causé son délit (Gaius, I, § 140. — *Collat. leg. Mosaic.*, tit. II, cap. 3); 5° il n'est pas un objet de possession véritable; d'où une controverse sur le point de savoir s'il peut acquérir la possession à celui qui est investi du *mancipium* (Gaius, II, § 90); 6° ce dernier ne peut pas l'injurier, comme il injurierait son esclave, sans s'exposer à l'action *injuriarum* (Gaius, I, § 141); 7° le mariage de la personne qui tombe sous le *mancipium* ne se dissout pas. En effet les enfants ultérieurement conçus de ce mariage sont *justi*. C'est ce que suppose un texte de Gaius (I, § 35), dont l'objet direct est de déterminer quelle est la puissance à laquelle ces enfants sont soumis en naissant et à quelle personne elle appartient. Or Gaius distingue s'ils ont été conçus avant ou après le plein épuisement de la puissance paternelle, en d'autres termes alors que leur père était encore *in prima* ou *in secunda mancipatione*, ou qu'il était déjà *in tertia mancipatione*. Au premier cas, ils naissent certainement sous la puissance paternelle de leur grand-père. Au second cas, Labéon voulait qu'ils fussent soumis à la puissance de la même personne que leur père et que cette puissance fût aussi un *mancipium*.

(1) On verra plus tard (n° 495) qu'un esclave peut n'être affranchi que sous la condition de fournir des *operæ* à son ancien maître, tandis qu'au contraire le père qui affranchit et émancipe son fils n'a pas le droit de lui imposer une semblable obligation (L. 4, *Si a par.*, XXXVII, 12. — L. 10, *De obseq.*, XXXVII, 15). A ce point de vue, sans aucun doute, l'affranchissement de l'homme *in mancipio* devait être traité comme celui d'un fils de famille par son père.

Mais dans la pratique cette opinion n'était pas suivie, et on disait que leur condition était en suspens. En effet leur père mourait-il *in mancipio :* ils étaient *sui juris.* Venait-il à être affranchi : cela les faisait tomber sous sa *patria potestas.*

Il n'est pas douteux que le *mancipium* pouvait se transmettre, soit par voie d'hérédité, soit par mancipation, à des acquéreurs particuliers.

SUBDIVISION DES PERSONNES *SUI JURIS* (1).

Lib. I, tit. XIII, *De tutelis*, pr. — Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum : nam ex his personis quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione (2), quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his quæ in tutela vel curatione sunt : ita enim intelligemus ceteras personas quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his quæ in tutela sunt (Gaius, I, §§ 142 et 143).

Passons maintenant à une autre division des personnes : car, parmi celles qui ne sont pas en puissance, quelques-unes sont en tutelle ou en curatelle; d'autres sont libres de ces deux freins. Étudions donc les personnes qui sont en tutelle ou en curatelle : et par là nous saurons quelles personnes échappent et à l'une et à l'autre. Et d'abord voyons les personnes qui sont en tutelle.

DES PERSONNES EN TUTELLE.

SOMMAIRE : I Notions générales sur la tutelle. Classification des tutelles. — II. De la tutelle testamentaire. — III. De la tutelle légitime des agnats et des *gentiles.* — IV. De la tutelle légitime des patrons. — V. De la tutelle fiduciaire, et de la tutelle légitime des ascendants. — VI. De la tutelle déférée par le magistrat. — VII. Des incapacités et des excuses en matière de tutelle. — VIII. Des fonctions du tuteur; de ses pouvoirs et obligations. — IX. De la capacité du pupille et plus généralement des impubères. — X. De l'extinction de la tutelle. — XI. Des actions résultant de la tutelle, et des divers modes de protection organisés en faveur du pupille. — XII. De la tutelle des femmes pubères.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA TUTELLE. CLASSIFICATION DES TUTELLES

Lib. I, tit. III, *De tutelis*, §1. — Est autem tutela, ut Servius definivit, vis ac potestas (3) in capite li-

Or la tutelle, selon la définition de Servius, est une autorité et un pouvoir que le droit civil donne et

(1) Je n'ai pas à m'occuper des personnes *sui juris* qui ne sont ni en tutelle ni en curatelle. Absolument maîtresses de leurs droits et libres d'agir à leur gré, elles sont régies par le droit commun.

(2) Au lieu de *curatio* on dit beaucoup plus ordinairement *cura.*

(3) Il y a des éditions qui donnent *jus* au lieu de *vis.* Beaucoup d'interprètes ont voulu trouver un sens distinct aux mots *vis* et *potestas.* Pour les uns, *vis* désigne le pouvoir sur la personne, *potestas* le pouvoir sur les biens. D'autres ont cru que *vis* se réfère à l'une des fonctions du tuteur, l'administration, et *potestas* à son

bero (1), ad tuendum eum qui propter ætatem (2) se defendere nequit, jure civili (3) data ac permissa (4) (L. 1 pr., *De tut.*, XXVI, 1).

§ 2. — Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent exque ipsa re nomen ceperunt : itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicut æditui dicuntur qui ædes tuentur.

Lib. I, tit. XX, *De Atiliano tutore*,

confie sur un individu *sui juris* à l'effet de le protéger dans l'impuissance où il est à cause de son âge de se protéger lui-même.

Les tuteurs sont ceux qui ont cette autorité et ce pouvoir ; et leur nom dérive de la nature même de la chose : on les appelle tuteurs, c'est-à-dire protecteurs et défenseurs, de même que l'on appelle *æditui* les gardiens des temples.

Mais que les impubères soient en

autre fonction, la prestation de l'*auctoritas*. Je crois plus probable qu'il faut expliquer le texte comme si le mot *potestas* était seul. Et, en effet, la réunion de ces deux mots forme souvent, soit dans la langue littéraire, soit dans la langue juridique, une expression toute faite (César, *De bell. Gall.*, VI, 14. — Cic., *De nat. deor.*, III, 36. — Gaius, I, § 122; IV, §§ 10 et 144. — Inst., §§ 3 et 4, *De int.*, IV, 15. — L. 17, *De legib.*, I, 3). Ceux qui acceptent cette manière de voir se partagent sur le sens du texte : dans une première opinion, Justinien ferait allusion à la ressemblance que le pouvoir du tuteur présente avec la puissance paternelle. On lit en effet dans certains textes que les tuteurs sont *quasi proprii parentes pupillorum* (*Fr. Vat.*, § 204), que le tuteur est *domini loco* en ce qu'il peut disposer des biens du pupille dans l'intérêt de ce dernier (L. 27, *De adm. et peric.*, XXVI, 7). Dans une seconde opinion, notre texte aurait trait au caractère de charge publique qui appartient à la tutelle. On fait remarquer, en ce sens, que *potestas* est employé dans les Institutes pour signifier fonction publique (§ 3, *De excus.*, I, 25), et que la curatelle est appelée *potestas* (L. 1 pr., *De curat. fur.*, XXVIII, 10. — Tab. V, n° 5). Au fond, toutes ces idées sont justes, et la question manque d'intérêt pour qui ne fait pas consister la science à interpréter des textes qui n'engagent aucun principe.

(1) Ces mots se réfèrent-ils au tuteur, nécessairement homme libre, ou au pupille, nécessairement *sui juris*? Entre ces deux interprétations, reposant l'une et l'autre sur une idée exacte, je préfère la seconde, parce que dans une définition de la tutelle il est plus naturel et plus nécessaire de déterminer les personnes qui s'y trouvent soumises que d'indiquer quelques-unes de celles à qui elle ne peut appartenir. On objecte, il est vrai, que, tel étant le sens, Justinien aurait dû écrire *in caput liberum*, et non pas *in capite libero*. Mais un semblable emploi de l'ablatif se rencontre dans un autre passage des Institutes (§ 4, *De usuf.*, II, 4) et dans les Douze Tables (Tab. V, n° 5). Il est remarquable, du reste, que dans cette interprétation le mot *liber* devient ici l'équivalent de *sui juris*.

(2) Le jurisconsulte Servius Sulpicius dont il s'agit ici, écrivait dans le dernier siècle de la république, et disait sans nul doute *propter ætatem aut sexum*. Sous Justinien, ces derniers mots eussent été un anachronisme.

(3) Ces mots peuvent fort bien désigner le droit privé en général, non le droit civil opposé au droit des gens, de sorte qu'ils ne tranchent pas la question de savoir si la tutelle appartient ou non au *jus civile* (n° 124).

(4) Ces deux mots expriment-ils deux idées distinctes? On a dit que *data* fait allusion aux tuteurs désignés par la loi elle-même, *permissa* à ceux que le testateur

§ 6. — Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis (1) non sit alterius tutela regatur (Gaius, I, § 189).

tutelle, cela est conforme au droit naturel : car il faut que celui dont l'âge n'est pas encore suffisant soit régi par la tutelle d'un autre.

Lib. I, tit. XXV, *De excusationibus tutorum vel curatorum*, § 17. — Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.

Le tuteur est réputé donné pour la totalité du patrimoine.

123. La tutelle est une charge publique (2) personnelle (3), conférant à une personne désignée soit directement par la loi, soit en vertu d'une disposition de la loi, les pouvoirs nécessaires à l'effet de protéger un impubère *sui juris*. De cette mission protectrice dérivent et le nom de cette charge et le nom qu'on donne à ceux qui la subissent : on les appelle tuteurs (§§ 1 et 2 *sup.*).

Cette définition, tout à fait vraie dans le droit de Justinien, presque complétement exacte pour la fin de l'époque classique, donnerait une idée incomplète et fausse du droit ancien. On va le comprendre par une analyse des éléments essentiels qu'elle contient. Ces éléments se ramènent à quatre : 1° on ne met en tutelle que des personnes *sui*

ou le magistrat nomment en vertu de l'autorisation de la loi. Je croirais plus volontiers à une redondance.

(1) *Perfecta ætas* désigne ordinairement l'âge de vingt-cinq ans. Mais il est évident que tel n'est pas ici le sens de cette expression, puisque la tutelle finit bien avant cet âge.

(2) Il ne faut pas confondre les charges (*munera*) et les honneurs (*honores*). La confusion serait d'autant plus facile que parfois une charge correspond à un honneur. C'est ainsi que ces deux caractères se trouvent réunis dans le décurionat.

(3) Les charges publiques (*munera civilia* ou *publica*) se divisent en trois catégories, savoir : 1° les *munera personalia*, ou charges qui coûtent du temps, des soins, mais non des déboursés. Telles sont la tutelle et la curatelle ; 2° les *munera patrimoniorum*, qui au contraire s'analysent en une pure dépense. Tels sont les impôts de toutes sortes ; 3° les *munera mixta*, qui présentent à la fois les deux caractères. Telle est l'obligation imposée aux décurions de recouvrer l'impôt foncier et la capitation, et de fournir de leurs propres deniers ce que l'insolvabilité des contribuables ne leur aurait pas permis de recouvrer (L. 18 pr., §§ 1, 18, 26 et 27, *De muner.*, L, 4). En général, ces charges sont imposées aux *municipes* et aux *incolæ*, c'est-à-dire que chacun les subit à la fois au lieu de son *origo* et au lieu de son domicile (L. 29, *Ad munic.*, L, 1). Sont exceptés certains *munera patrimoniorum*, tels que l'impôt foncier et quelques autres, qui, imposés à la propriété plutôt qu'à l'individu, s'acquittent à l'endroit même où le bien est situé (L. 1 §§ 21 et 22, *De muner.*).

juris. Les personnes *alieni juris*, dépourvues de patrimoine, n'ont pas besoin de la même protection légale : elles trouvent d'ailleurs, en cas de nécessité, un protecteur naturel dans la personne investie de la puissance; 2° ces personnes *sui juris* que l'on place en tutelle, ce sont toujours des personnes que la faiblesse de leur âge rend incapables de gouverner, même de comprendre leurs propres intérêts; ce sont des impubères (n° 82). La loi ne crée donc pas ici une incapacité arbitraire; elle obéit à une indication naturelle, elle s'incline devant l'autorité souveraine d'un fait; 3° la tutelle, comme toute charge publique, est obligatoire : nul n'est admis à s'y dérober si ce n'est pour des causes exceptionnelles et déterminées qu'on appelle excuses (n° 137); 4° à côté des obligations qu'elle impose au tuteur, elle lui confère des droits; mais ces droits ne sont établis que pour faciliter l'exécution des obligations résultant de la tutelle : bien loin d'avoir pour but l'avantage du tuteur, ils ne tendent qu'à assurer pleine et efficace protection à la personne en tutelle. — De ces quatre idées la première seule paraît avoir été de tout temps reçue à Rome. Mais, pendant des siècles, toutes les femmes *sui juris* furent en tutelle, quoique pubères; et cette tutelle, fondée sur une incapacité de pure création légale, donc condamnée par la raison, n'avait pas encore complétement disparu à l'époque des derniers jurisconsultes classiques. En outre, chose bien plus bizarre, pendant longtemps les tuteurs ne furent pas forcés d'administrer (Inst., § 3, *De Atil. tut.*, I, 20). Si donc la tutelle était obligatoire, à coup sûr elle n'était pas fort onéreuse. Enfin, un certain nombre de tuteurs, tous ceux qu'on appelait légitimes, puisaient leur vocation dans leur qualité d'héritiers présomptifs de la personne en tutelle, et en conséquence, ces tutelles furent primitivement organisées dans l'intérêt des tuteurs eux-mêmes; il dut donc arriver souvent que le tuteur sacrifiât à la conservation de ses propres espérances les véritables intérêts de la personne qu'il était chargé de protéger. Aussi finit-on par réagir contre cette conception fausse; et dans les cas mêmes où le tuteur devait sa vocation à un intérêt personnel, les règles de la tutelle furent déterminées, comme elles devaient l'être, par l'intérêt du pupille.

Sous le bénéfice de ces observations, la définition précédemment formulée est d'une parfaite exactitude; il convient cependant de remarquer qu'elle n'est pas exempte d'un certain vague, en ce qu'elle se contente d'indiquer le but des pouvoirs conférés au tuteur, sans en préciser la nature.

124. Attachons-nous désormais exclusivement à la tutelle des pupilles; car tel est le nom que l'on donne aux impubères *sui juris* (L. 239 pr., *De verb. signif.*, L, 16) (1).

De la précédente définition il résulte que la tutelle s'ouvre par tout événement qui rend l'impubère *sui juris*, mais qu'elle ne s'ouvre d'aucune autre manière. Elle s'ouvre donc 1° lorsque le père de famille naturel ou adoptif, qui avait l'enfant sous sa puissance immédiate, meurt, perd la cité ou devient esclave *jure civili;* 2° lorsque le fils de famille est émancipé avant l'âge de puberté; 3° lorsqu'un esclave impubère est affranchi. Mais, en sens inverse, elle ne s'ouvre ni par la mort de la mère, ni par la mort du père naturel lui-même, si, dans ce dernier cas, l'enfant demeure en la puissance de son aïeul ou se trouve soumis à celle d'un père adoptif (2). Car ces événements n'influent pas sur sa condition. La tutelle ne s'ouvre pas non plus si le père est captif des ennemis ou s'il est absent de telle façon qu'on ait des doutes légitimes sur son existence actuelle. Dans ces deux cas, en effet, il n'est pas certain que l'enfant soit *sui juris :* on se contente donc de donner un curateur aux biens du père de famille (L. 6 § 4, *De tut.*, XXVI, 1. — L. 22 § 1, *De bon. auct. jud.*, XLII, 5).

La tutelle étant une charge publique, peut être imposée, en principe, à toutes les personnes soumises aux charges publiques. Conséquemment les fils de famille n'en sont pas plus exempts que leur père (3). Mais à raison du but spécial de cette charge, établie dans l'intérêt du pupille, elle ne peut pas tomber sur tous sans distinction. Il y a des personnes que l'on considère comme inhabiles à protéger le pupille, et qui pour ce motif, soit seul, soit combiné avec d'autres, sont déclarées incapables d'exercer la tutelle. Pareillement, le but de cette charge ne permettait pas qu'elle se transmît aux

(1) L'impubère *in potestate* est quelquefois appelé pupille (Inst., § 3, *De adopt.*, I, 11). Mais en droit ce langage est impropre.

(2) Ne faut-il pas décider que les enfants issus *ex concubinatu* et les *spurii* sont en tutelle dès leur naissance, attendu qu'ils n'ont jamais été sous la puissance paternelle? Je ne connais aucun texte qui statue sur la question, et j'inclinerais à croire qu'en pratique on ne les mettait en tutelle que le jour où ils avaient des biens (Arg. des lois 3, C., *Quand. mul.*, V, 35; et 4, C., *De conf. tut.*, V, 29).

(3) On peut se demander si en pareil cas le père du tuteur est obligé à raison de la gestion de son fils. En principe, il n'est soumis qu'à l'action *de peculio.* Par exception, il est tenu *in solidum* lorsqu'il a lui-même géré ou qu'il a donné son consentement aux actes de gestion du fils. Ces décisions, expressément données par Ulpien (L. 7, *De tut.*, XXVI, 1), ne sont que l'application du droit commun.

héritiers; c'est là, du reste, un caractère général des charges personnelles.

Cette même considération, tirée de l'intérêt du pupille, a fait admettre qu'en principe le tuteur ne saurait être donné ni pour certains biens ni pour certains actes seulement, mais qu'il est naturellement chargé de gérer l'ensemble du patrimoine et de faire tous les actes qui intéressent le pupille (§ 17 *sup.* — L. 12, *De test. tut.*, XXVI, 2)(1). Cette règle a pour but et pour résultat de mettre dans la direction des affaires du pupille l'unité et l'esprit de suite qui sont la condition de toute bonne administration.

Il semble qu'un motif identique devait conduire à décider que la même personne n'aurait jamais plus d'un tuteur à la fois. Pourtant rien de plus fréquent à Rome que la pluralité des tuteurs. Cet usage ne se présente pas seulement dans les tutelles légitimes qui, déférées à raison de l'intérêt personnel du tuteur, devaient nécessairement appartenir à toutes les personnes ayant le même intérêt; on le rencontre aussi dans les autres tutelles, et cela parce que la pluralité des tuteurs ne contrarie en rien les intérêts du pupille, elle les sert plutôt : nous verrons, en effet, qu'en pareil cas l'administration est généralement confiée à un seul, par conséquent ne perd rien de son unité, et, d'autre part, que l'*auctoritas* d'un seul est souvent considérée comme suffisante, mais que toujours ceux qui ne gèrent pas demeurent envers le pupille responsables pour celui qui gère.

Enfin, devons-nous conclure de la précédente définition que la tutelle, trouvant sa raison d'être dans la faiblesse même du pupille, par conséquent dans une incapacité naturelle, appartienne au *jus gentium?* Cette conclusion s'autoriserait de deux textes où Gaius et Justinien son copiste déclarent la tutelle des impubères conforme à la raison naturelle (Gaius, I, §§ 189 et 190, — § 6 *sup.*). Mais ces textes ne tranchent pas la question : il est bien certain, d'abord, que Gaius se propose simplement d'établir une antithèse entre la tutelle

(1) Les Institutes (§ 4, *De test. tut.*, I, 14) donnent de cette règle un motif dont la fausseté sera démontrée plus loin. Au surplus, on verra qu'il y a nombre de cas où le magistrat nomme un tuteur pour un seul acte (*certæ causæ*) Et dès à présent il faut savoir que le pupille qui a des biens soit dans plusieurs provinces, soit à Rome et dans une province, peut avoir pour chaque masse de biens un tuteur particulier, indépendant des autres et seul responsable de sa gestion. Mais cette exception au principe ne se rencontre que dans la tutelle testamentaire (LL. 12, 13 et 15, *De test. tut.*, XXVI, 2) et dans la tutelle déférée par le magistrat (L. 27 pr., *De tut. et curat.*, XXVI, 5).

des femmes pubères, arbitraire dans son principe, et celle des impubères, fondée sur une nécessité; et il n'est guère probable que Justinien, forcé de supprimer une moitié du texte de Gaius, ait entendu, en reproduisant assez inutilement l'autre moitié, lui donner une portée qu'elle n'avait pas dans l'original. D'autre part, il est évident qu'une institution qui emprunte son principe au droit naturel peut très-bien dans le détail de son organisation porter l'empreinte arbitraire du droit civil. Donc nulle contradiction à reconnaître que tous les peuples ont créé certains moyens de protection pour les impubères, et à décider pourtant que la tutelle, telle que l'organisent les lois romaines, rentre dans le *jus civile*, c'est-à-dire ne peut appartenir qu'à un tuteur romain ni exister que sur un impubère romain. A l'appui de cette doctrine je n'alléguerai pas le classement de la tutelle parmi les charges publiques; car plusieurs de ces charges supposent seulement la qualité de sujet de Rome, et non celle de citoyen romain. Je me fonderai plus volontiers sur un texte où Modestin nous dit que la tutelle n'est pas un *munus provinciale* (L. 6 § 15, *De excus.*, XXVII, 1). Assurément, ces expressions ne tendent pas à déclarer incapable de la tutelle un citoyen romain qui habite la province : donc ou elles n'ont aucun sens, ou elles signifient que le provincial proprement dit, c'est-à-dire le pérégrin, ne saurait être tuteur. Dans le même sens, on peut argumenter de ce que le droit de cité venant à être perdu par le pupille ou par le tuteur, la tutelle cesse, soit absolument dans le premier cas, soit *a parte tutoris* dans le second cas (Inst., §§ 1 et 4, *Quib. mod. tut. finit.*, I, 22). Il est vrai que les Latins Juniens peuvent être soumis à la tutelle (Gaius, I, § 167) et sont capables de l'exercer (*Fr. Vat.*, § 193); mais cela n'entame en rien la doctrine qui range la tutelle dans le *jus civile*, puisque la condition des Latins Juniens se caractérise précisément par une communication partielle des avantages attachés au droit de cité (n° 50).

125. On peut, en s'attachant au mode de désignation du tuteur, distinguer trois classes de tutelles : la tutelle testamentaire, la tutelle déférée directement par la loi et la tutelle déférée par le magistrat. Telle était peut-être la classification proposée par Servius Sulpicius (1),

(1) Gaius atteste qu'il y avait controverse sur le point de savoir combien il fallait reconnaître de genres de tutelles (I, § 188). Il cite quatre opinions dont il ne précise pas exactement le sens. Labéon n'admettait que deux genres de tutelles : peut-être plaçait-il d'un côté celles que l'homme défère (*testamentaire* et *Atilienne*), de l'autre toutes celles qui sont déférées par la loi. Servius Sulpicius en reconnaissait trois

et c'est celle que je suivrai. Bien que n'étant pas textuellement indiquée par Gaius et par Justinien, elle est conforme à l'ordre général de leur exposition. Il n'y a aucune subdivision à établir ni quant aux tutelles testamentaires, ni quant aux tutelles déférées par le magistrat. A l'égard de celles que la loi elle-même défère directement, elles se divisent en tutelles légitimes et tutelles fiduciaires (1). Les tutelles légitimes elles-mêmes se subdivisent en tutelle des agnats, des *gentiles*, des patrons et des ascendants.

II. — DE LA TUTELLE TESTAMENTAIRE.

Lib. I, tit. XIII, *De tutelis*, § 3. — Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnino. Nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint : scilicet, quia,

Donc il est permis aux ascendants de donner par testament des tuteurs aux descendants impubères placés sous leur puissance. Et ceci s'applique absolument aux fils et aux filles. Quant aux petits-fils et aux petites-filles, pour que les ascendants puissent leur donner des tuteurs testamentaires, il faut que la mort de ces derniers ne doive pas les faire tomber sous la puissance de leur père. C'est pourquoi, si au jour de votre mort votre fils est en votre puissance, les petits-fils issus de lui, bien que soumis à votre

genres. Si sa classification n'était pas celle que je présente moi-même, peut-être était-ce celle que donne Ulpien (XI § 2). Ce jurisconsulte distingue des tuteurs légitimes dans un sens très-large, des tuteurs donnés en vertu de sénatus-consultes et des tuteurs introduits par la coutume. Quintus Mucius faisait cinq classes : c'était peut-être les tutelles testamentaire, légitime, fiduciaire, Atilienne et la *tutela optiva*, spéciale aux femmes pubères. D'autres enfin distinguaient autant de genres que d'espèces de tutelles. Au surplus l'intérêt pratique de la question est nul : elle ne présente qu'un intérêt de méthode.

(1) Dans un sens large les tuteurs légitimes sont ceux dont la désignation est faite ou autorisée par la loi : on les oppose aux tuteurs dont la nomination est autorisée par la coutume ou par un sénatus-consulte. En ce sens les tutelles données par testament ou par le magistrat sont légitimes. Mais en un sens plus étroit, et c'est celui que je donne ici au mot, on appelle par excellence (*per eminentiam*) tuteurs légitimes ceux à qui la tutelle est déférée par une disposition expresse ou implicite des Douze Tables (Ulp., XI §§ 2 et 3).

mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt (Gaius, I, §§ 144 et 146).

puissance, ne pourront pas avoir un tuteur en vertu de votre testament; cela parce que, vous mort, ils passeront sous la puissance de leur père.

§ 4. — Quum autem in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habentur, et in hac causa placuit non minus postumis quam jam natis testamento tutores dari posse : si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui et in potestate eorum fierent (Gaius, I, § 147).

Mais comme, à beaucoup d'autres points de vue, on compte les posthumes pour déjà nés, ici pareillement on a admis que des tuteurs testamentaires peuvent être donnés aux posthumes aussi bien qu'aux enfants déjà nés : cela toutefois si, en les supposant nés du vivant de leurs ascendants, ils devaient être héritiers siens et soumis à leur puissance.

§ 5. — Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est sine inquisitione.

Mais si un père a donné par testament un tuteur à son fils émancipé, ce tuteur doit être confirmé par décision du magistrat, et cela absolument, c'est-à-dire sans enquête.

Lib. I, tit. XIV, *Qui testamento tutores dari possunt*, pr. — Dari autem potest tutor non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

Mais ce n'est pas seulement à un père de famille qu'on peut confier la tutelle, c'est aussi à un fils de famille.

§ 1. — Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est eum, et sine libertate tutorem datum, tacite libertatem directam accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse. Plane, si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor; sed ita, *quum liber erit*, utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo datur.

Pareillement un testateur donne valablement la tutelle à son propre esclave en lui laissant la liberté. Mais il faut savoir que, quand même cet esclave aurait été nommé tuteur sans le don exprès de la liberté, il serait réputé avoir reçu tacitement la liberté directe, et par suite serait valablement tuteur. Pourtant, s'il n'a été appelé à la tutelle que par l'erreur du testateur qui le croyait libre, il faut décider autrement. Quant à l'esclave d'autrui, si la tutelle lui est donnée par testament d'une manière pure et simple, la disposition est inutile; elle est valable, au contraire, si elle est

faite pour l'époque où il sera libre. Mais l'esclave propre du tuteur n'est pas valablement nommé tuteur sous une pareille modalité.

§ 2. — Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor erit, quum compos mentis aut major viginti quinque annis factus fuerit.

Le fou ou le mineur de vingt-cinq ans, nommés tuteurs par testament, seront tuteurs, l'un quand il aura recouvré la raison, l'autre lorsqu'il sera devenu majeur de vingt-cinq ans.

§ 3. — Ad certum tempus, seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem, posse dari tutorem non dubitatur.

Le tuteur peut être donné soit jusqu'à un certain terme, soit à partir d'un certain terme, ou sous condition ou avant l'institution d'héritier. Ce sont là des points non douteux.

§ 4. — Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur.

Mais il ne peut être donné pour une chose ou pour une affaire spéciale; parce que c'est à la personne elle-même que l'on donne un tuteur, non pas à une affaire ou à un bien.

§ 5. — Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur, quia filii vel filiæ appellatione postumus vel postuma continetur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sunt? Dicendum est ut ipsis quoque dati videantur, si modo *liberos* dixit : ceterum si *filios*, non continebuntur; aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi quam ceteri liberi continebuntur.

Celui qui a donné des tuteurs à ses filles ou à ses fils, est réputé les avoir donnés aussi à sa posthume ou à son posthume, parce que sous le nom de fils ou de fille on comprend le posthume ou la posthume. Mais les tuteurs donnés aux fils sont-ils également réputés donnés aux petits-fils? Il faut dire oui, si le testateur s'est servi du mot *descendants;* non, s'il s'est servi du mot *fils :* car autre est le sens du mot fils, autre celui du mot petit-fils. Que si le tuteur a été donné aux posthumes, cette expression comprend soit les fils, soit les autres descendants posthumes.

126. Les tuteurs testamentaires, spécialement appelés *tutores dativi* (Ulp., XI § 14), sont ceux qu'un testateur nomme à ses descendants impubères. Cette tutelle n'échappe pas à l'application des règles générales qui dominent toutes les tutelles. Et c'est pourquoi elle ne saurait

être déférée à aucune femme, pas même à la mère du pupille (L. 26 pr., *De test. tut.*, XXVI, 2); c'est pourquoi aussi la nomination d'un tuteur testamentaire pour certains actes seulement ou pour certains biens serait nulle en principe (§ 4 *sup.*, *Qui test. tut.* — Page 291, note 1).

La tutelle testamentaire présente un certain nombre de règles spéciales qui toutes s'expliquent, soit par l'idée fondamentale sur laquelle cette institution repose, soit par la forme dans laquelle le tuteur est nommé.

Et d'abord quelle est l'idée qui sert de fondement à cette tutelle? Un texte célèbre des Douze Tables validait les dispositions contenues dans tout testament régulier. Ulpien (XI § 14) le rapporte en ces termes : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* C'est de là que les jurisconsultes déduisirent la légalité de la tutelle testamentaire; là est sa justification comme institution positive. Mais, pris à la lettre, le texte précité assignerait à cette tutelle une portée à la fois trop étroite et trop large. Il semblerait, en effet, qu'elle dérive du droit du testateur sur ses propres biens, qu'elle n'en soit que l'exercice prolongé et laissé à un tiers; d'où notamment la double conclusion que la nomination du tuteur testamentaire vaudrait seulement à l'égard des impubères qui auraient reçu quelque chose du testateur, mais vaudrait, quel que fût l'impubère *sui juris* à qui il aurait laissé tout ou partie de ses biens (1). Or ce sont là deux idées d'une fausseté certaine. Le père de famille donne valablement des tuteurs même aux descendants qu'il exhérède sans leur rien laisser (L. 4, *De test. tut.*); mais il n'en donne régulièrement qu'aux enfants placés sous sa puissance (§ 3 *sup.*, *De tut.*). Il faut donc reconnaître dans cette faculté de nommer des tuteurs testamentaires un attribut et une énergique manifestation de la puissance paternelle se survivant en quelque sorte à elle-même jusqu'à la puberté du pupille (2). D'où il suit qu'elle n'appartient ni aux femmes, ni à l'homme qui n'aurait que des descendants par les filles ou des enfants *ex concubinatu*.

Ceci posé, et nous rappelant que la tutelle ne s'applique qu'à des

(1) Le texte des Douze Tables conduirait également à décider que le tuteur testamentaire n'administre pas les biens acquis par le pupille après la mort de son père et ne provenant pas du patrimoine de celui-ci, de sorte que ce tuteur ne serait pas nommé pour tous les biens.

(2) A ce point de vue l'on peut rapprocher la tutelle testamentaire de la substitution pupillaire (nos 366 et s.).

personnes *sui juris*, il nous sera facile de répondre à cette question : quels sont les impubères à qui il a pu être donné un ou plusieurs tuteurs testamentaires? Ce sont les descendants naturels ou adoptifs que la mort du testateur rend *sui juris;* plus exactement, ce sont ceux que le droit civil appelle à lui succéder ab intestat comme héritiers siens. Trois sortes de descendants sont compris dans ces deux formules : 1° ceux qui se trouvaient en la puissance immédiate du père de famille au jour où il testait; 2° ceux dont il était séparé alors par un intermédiaire qui depuis a disparu; 3° ceux qui sont nés dans l'intervalle écoulé entre la confection du testament et le décès du testateur. La seconde formule comprend, en outre, les descendants simplement conçus lors de la mort du père de famille, et auxquels il n'a manqué que de naître plus tôt pour se trouver au dernier instant de sa vie sous sa puissance immédiate. Au surplus, ces règles n'expriment que le résultat définitif de la doctrine romaine, elles n'en retracent pas la marche; et l'on verra bientôt (n° 127) que de ces quatre classes de descendants les premiers seuls purent dans le principe recevoir des tuteurs testamentaires, et que, si les trois autres le peuvent aussi à l'époque classique, c'est par une conséquence de la nouvelle législation testamentaire relative aux posthumes.

Si le même père de famille laisse plusieurs descendants dont sa mort ouvre la tutelle, il est évident qu'il a pu donner des tuteurs testamentaires aux uns sans en donner aux autres, de même qu'il a pu nommer les mêmes tuteurs à tous ou nommer à chacun des tuteurs distincts. Sur tous ces points, la volonté du testateur est souveraine; pour la connaître, il faut s'attacher soit aux expressions qu'il a employées (1), soit aux circonstances dans lesquelles il a disposé. C'est ainsi que la nomination d'un tuteur, faite expressément pour tous les enfants, ne s'appliquerait pas à ceux dont il ignorait l'existence ou qu'il croyait morts (L. 16 §§ 3 et 4, *De test. tut.*).

127. Quant aux formes à suivre pour la nomination du tuteur testamentaire, elles ne seront bien comprises soit en elles-mêmes, soit dans leurs conséquences, que par une distinction entre les formes générales de l'acte qui contient cette nomination et les formes spéciales de la disposition elle-même.

(1) Sur la portée des expressions par lesquelles le testateur a pu désigner collectivement tous ses enfants ou plusieurs d'entre eux, les Institutes tracent des règles d'interprétation fort claires (§ 5 *sup.*, *Qui test. tut.*), et qu'on retrouve plus développées au Digeste (LL. 5, 6 et 16 pr., §§ 1 et 2, *De test. tut.*).

Primitivement, le tuteur testamentaire n'était jamais nommé que par testament, le droit ancien n'admettant aucun autre mode d'expression des dernières volontés de l'homme. Sous l'empire, on le nomma aussi par codicilles confirmés dans un testament (L. 3 pr., *De test. tut.*). Ce fut la conséquence logique de l'usage qui, consacrant généralement les codicilles, admit que, confirmés, ils pourraient contenir, moins l'institution d'héritier et l'exhérédation des *sui heredes*, toutes les dispositions autorisées dans un testament. Le tuteur ainsi nommé resta néanmoins compris parmi les tuteurs testamentaires, parce que ces codicilles étaient réputés faire partie du testament (n° 413).

Si maintenant l'on tient compte de la règle d'après laquelle nulle disposition écrite dans un testament ou dans un codicille testamentaire ne produit son effet quand l'institution d'héritier manque le sien, la nécessité de ces formes entraîne visiblement les conséquences suivantes :

1° La nomination du tuteur testamentaire est nulle, si le testament lui-même est nul *ab initio*.

2° Elle cesse de valoir, si le testament valablement fait perd plus tard sa validité par une des causes qui le rompent ou le rendent *irritum* (Inst., *Quib. mod. test., inf.*, II, 17). Or dans le très-ancien droit il y avait notamment trois circonstances qui entraînaient comme conséquence inévitable la rupture du testament. C'était : 1° la naissance d'un héritier sien après la mort du testateur (*posthume proprement dit ou légitime*); 2° la naissance d'un héritier sien entre la confection du testament et le décès (*posthume Velléien*); 3° tout événement qui dans le même intervalle faisait tomber sous la puissance immédiate du père de famille un petit-enfant vivant au jour de la confection du testament, mais séparé de lui à cette époque par un intermédiaire (*quasi-posthume Velléien*). — Il suit de là que la nomination d'un tuteur testamentaire pour ces posthumes ou quasi-posthumes était forcément inefficace. Car de deux choses l'une : ou le testateur ne laissait pas de tels héritiers siens, ou en devenant tels ils avaient rompu son testament. Mais lorsque soit la jurisprudence, soit la loi *Junia Velleia*, lui eurent permis de prévenir cette rupture par l'institution ou l'exhérédation de ces posthumes ou quasi-posthumes (n° 338), il put comme conséquence, et toujours sous la même condition de les instituer ou de les exhéréder (1), leur donner des tuteurs

(1) Cette condition s'applique aussi aux enfants qui, au jour du testament, se trouvent sous la puissance immédiate du testateur; car, s'ils ne sont ni institués ni exhérédés, le testament ne vaut rien.

testamentaires (L. 1 § 1; L. 10 § 2, *De test. tut.*). Il faut donc compléter le texte des Institutes (§§ 3 et 4 *sup.*, *De tut.*) en ajoutant que la nomination d'un tuteur pour ces diverses personnes ne vaut qu'autant que le testament est maintenu malgré leur agnation ou leur quasi-agnation.

3° Si aucun des héritiers institués ne fait adition, soit qu'ils ne puissent ou ne veuillent, la tutelle testamentaire ne s'ouvre pas. Mais en sens inverse, l'adition faite par un seul des institués suffit pour lui donner ouverture, parce qu'il est désormais certain que le testament recevra son effet (L. 9, *De test. tut.*, XXVI, 2).

4° Pareillement, la rescision complète du testament pour cause d'inofficiosité fait évanouir la nomination du tuteur (1). Tel fut du moins le droit jusqu'à Justinien (Nov. 115, cap. 3 § 14, cap. 4 § 9).

En ce qui concerne les formes spéciales de la disposition portant nomination du tuteur, elles se résument dans les deux propositions suivantes : 1° le tuteur est donné *nominatim* (Ulp., XI § 14), ce qui n'implique pas nécessité d'exprimer son nom. Il suffit qu'aucun doute ne puisse s'élever sur l'individualité de la personne appelée à la tutelle; 2° le tuteur est nommé par une formule impérative qui présente une parfaite analogie avec celles des legs, surtout celle du legs *per vindicationem* (Gaius, I, § 149; II, § 193).

128. Du rapprochement de ces formes spéciales avec les formes générales de l'acte contenant la *tutoris datio*, il résulte qu'elle est comparable à un legs. Toutefois, cette comparaison pécherait sur un point essentiel : c'est que le legs est une charge pour l'héritier institué dont il diminue le bénéfice, tandis que la *tutoris datio* ne présente pas ce caractère. Et de là notamment les quatre conséquences qui suivent : 1° la nomination du tuteur peut être écrite avant l'institution d'héritier; anciennement le legs ainsi fait eût été nul (§ 3 *sup.* — Inst., § 34, *De leg.*. II, 20); 2° le tuteur peut être nommé *post mortem heredis*, c'est-à-dire de manière à ne prendre la tutelle qu'autant qu'il survivra à l'héritier mourant avant la puberté du pupille. Jusqu'à Justinien le legs fait *post mortem heredis* était nul (L. 7, *De test. tut.* — Inst., § 35, *De leg.*, II, 20) (2); 3° l'héritier, même seul institué,

(1) Quand le fils de famille exhérédé plaide *de inofficioso testamento*, le préteur confirme le tuteur donné par testament. Ce tuteur dirige le procès; s'il triomphe, il reste tuteur testamentaire; sinon, il est tuteur Atilien (L. 26 § 2, *De test. tut.*).

(2) Ces deux décisions étaient encore contestées par l'école Sabinienne au temps de Gaius (II, §§ 231 et 234).

peut être nommé tuteur; il ne saurait être appelé à un legs dont il aurait à la fois la charge et le bénéfice (L. 116 § 1, *De leg.* 1°, XXX); 4° la nomination d'un tuteur ne se conçoit pas faite *nomine pœnæ :* il y a donc là une cause de nullité à laquelle elle échappe nécessairement, tandis que le droit antérieur à Justinien n'admettait pas les legs ainsi faits (Gaius, II, § 237. — Inst., § 36, *De leg.*).

Reste à voir les principaux points sur lesquels les règles de la *tutoris datio* ont été déterminées par son analogie avec les legs :

1° La tutelle testamentaire peut être donnée *sub conditione* ou *ad conditionem*, *ex die* ou *ad diem* (§ 3 *sup.*, *Qui test. tut.* — L. 8 § 2, *De test. tut.*) (1) Au contraire les autres tutelles, que ce soit la loi ou le magistrat qui les défère, constituent des charges pures et simples qui grèvent immédiatement la personne désignée et la grèvent jusqu'à la puberté du pupille (2).

2° Pour être nommé tuteur testamentaire, il faut avoir la *factio testamenti* avec le testateur, c'est-à-dire l'aptitude à être institué héritier par lui. D'où il suit que les personnes qualifiées incertaines, savoir celles dont le testateur ne peut se faire une idée nette, ne sont pas plus valablement appelées à cette tutelle qu'à un legs (L. 20 pr., *De test. tut.*) Il est fort remarquable que Justinien, quoique permettant d'instituer les personnes incertaines et de leur faire des legs, maintient la défense de les nommer tuteurs testamentaires, et cela parce qu'il n'est pas admissible qu'un père de famille donne à ses enfants des tuteurs dont il ne peut pas apprécier la probité et la compétence (Inst., §§ 25 et 27, *De leg.*, II, 20) (3).

3° Tous ceux qui ont la *factio testamenti* avec le testateur peuvent être appelés à la tutelle testamentaire (L. 21, *De test. tut.*). Cette règle toutefois cesse par la force des choses à l'égard des personnes morales

(1) Quelques interprètes pensent que ces textes veulent établir une opposition entre la *tutoris datio* et l'institution d'héritier, attendu que celle-ci ne peut être faite ni *ex die*, ni *ad diem*, ni *ad conditionem* (n° 319). Mais si tel était leur but, pourquoi parleraient-ils également de la *tutoris datio sub conditione?* car l'institution d'héritier, elle aussi, peut être conditionnelle. Il est donc bien plus naturel de croire que leur but est de dégager une ressemblance entre la *tutoris datio* et les legs.

(2) Il y a toutefois des cas exceptionnels où le magistrat nomme un tuteur temporaire (n° 135 *in fine*).

(3) Il est évident que le magistrat ne peut pas non plus donner la tutelle à une personne incertaine. Quant aux tuteurs désignés par la loi, sans doute ils sont désignés aveuglément; mais ils ne rentrent pas non plus parmi les personnes juridiquement tenues pour incertaines.

exceptionnellement investies de la *factio testamenti;* elle cesse aussi à l'égard des Latins Juniens, car telle est la disposition expresse de la loi *Junia Norbana* (Ulp.. XI § 16). Mais elle conduit à décider que le Romain captif des ennemis, le prodigue interdit, le fou (1) et le mineur de vingt-cinq ans sont valablement nommés tuteurs testamentaires, sauf à n'entrer en fonction qu'après la cessation de la captivité, de l'interdiction, de la folie ou de la minorité (§ 2 *sup.*, *Qui test. tut.* — Inst., § 2, *De Atil. tut.*, I, 20). En vertu de la même règle, cette tutelle peut être déférée à un fils de famille aussi bien qu'à un père de famille (pr. *sup.*). Elle peut l'être même à un esclave. Mais ici quelques développements sont nécessaires. Il faut partir de cette idée que l'esclave ne saurait exercer la tutelle, tant qu'il conserve sa condition actuelle : il est préalablement nécessaire que l'affranchissement ait fait de lui une véritable personne libre et même un citoyen Romain, puisque la tutelle testamentaire ne peut être déférée à un Latin Junien ni une tutelle quelconque à un déditice. Ceci posé, je distingue entre le *servus proprius* et le *servus alienus*.

A l'égard du *servus proprius*, la règle ancienne étant que le maître ne pouvait ni l'instituer ni lui laisser un legs quelconque sans lui donner expressément la liberté, la même condition s'imposait évidemment quand il s'agissait de le nommer tuteur testamentaire. Mais Justinien, ayant sous-entendu le legs de liberté dans toutes les libéralités testamentaires faites au *servus proprius*, dut admettre et admit en effet qu'appelé à la tutelle, il serait par cela seul considéré comme affranchi directement (§ 1 *sup.*). Déjà dans cette hypothèse le droit classique n'hésitait pas à reconnaître un fidéicommis de liberté (L. 10 § 4, *De test. tut.* — L. 4, C., *De fid. libert.*, VII, 4) (2). De sorte que si dans la rigueur du droit la nomination était nulle, l'esclave, une fois affranchi, obtenait néanmoins la tutelle (L. 28 § 1, *De test. tut.*). Au surplus, si dans le droit de Justinien l'intention d'affranchir n'a plus besoin d'être exprimée, elle ne cesse pas pour cela d'être

(1) A l'égard du fou, quelques jurisconsultes voulaient que le testateur exprimât la condition *quum furere desierit;* sinon, ils tenaient la disposition pour nulle. Mais cette opinion rigoureuse ne prévalut pas. Une telle condition fut réputée sous-entendue (L. 10 § 3, *De test. tut.*).

(2) D'après la loi 32 § 2, *De test. tut.*, Paul aurait déjà admis que la nomination du *servus proprius* à la tutelle impliquait un legs tacite de liberté. Mais ce qui prouve l'altération de ce texte, c'est que la minorité de vingt-cinq ans y est considérée comme emportant incapacité d'être tuteur ; or il est certain que jusqu'à Justinien elle comptait seulement parmi les excuses (Inst., § 13, *De excus.*, I, 25).

nécessaire : et c'est pourquoi la disposition est nulle lorsque l'esclave n'a été appelé à la tutelle que par l'erreur d'un maître qui le croyait libre ou sous cette condition, *quum liber erit* (§ 1 *sup.*).

Quant au *servus alienus*, il n'est valablement nommé tuteur testamentaire, de même qu'il n'est valablement institué ou appelé à un legs, qu'autant que son maître possède la *factio testamenti* avec le testateur. Mais faut-il, à peine de nullité, comme l'affirment les Institutes (§ 1 *sup.*), que la disposition soit faite sous cette condition expresse *quum liber erit?* Ulpien sous-entendait cette condition; il admettait même, et un rescrit impérial consacre sa doctrine, que la désignation pure et simple d'un *servus alienus* comme tuteur impliquait fidéicommis de liberté (L. 10 § 4, *De test. tut.* — L. 10, C., *De fid. lib.*, VII, 4). Les rédacteurs des Institutes oublient ces décisions aussi humaines que logiques; mais leur insertion au Digeste et au Code témoigne que Justinien n'a pas entendu les condamner.

4° De même que le légataire peut répudier la libéralité du défunt, de même dans le droit classique, et encore à l'époque d'Ulpien (XI § 17), le tuteur testamentaire qui n'avait pas encore géré pouvait *se abdicare tutela*, c'est-à-dire déclarer qu'il refusait la tutelle (1). Dans le droit de Justinien, il n'est plus question de cette singulière prérogative, et, en effet, le legs est un pur bénéfice pour le légataire, la tutelle est une charge publique; or rien de plus naturel que la faculté de renoncer à un bénéfice; rien de moins naturel que de pouvoir sans motif s'affranchir d'une charge.

129. Telle est la théorie de la tutelle testamentaire avec le développement logique que lui assignaient d'avance son principe et sa forme. Rigoureusement, cette théorie conduisait à déclarer nulle toute nomination de tuteur faite par un particulier en dehors des règles qui précèdent. Mais une réaction s'opéra : on comprit qu'il n'y a pas de raison sérieuse pour subordonner la validité de la disposition soit à l'emploi de certaines formules, soit à son insertion dans tel acte de dernière volonté plutôt que dans tel autre; que le bon choix du tuteur est plus sûrement garanti par la qualité même du père, par son affection présumée pour l'enfant, que par la puissance dont il peut être investi; enfin, que le tuteur désigné par tout autre que le père ne doit pas être

(1) Cette faculté lui appartenait-elle encore après son entrée en gestion? je ne le pense pas; car un legs, une fois accepté, ne peut plus être répudié. Le texte d'Ulpien porte, il est vrai, *desinit esse tutor;* mais ce langage est très-exact, si l'on considère que l'adition d'hérédité a suffi pour investir le tuteur.

systématiquement repoussé lorsque le testateur a donné au pupille les preuves d'une affection non équivoque en l'instituant héritier. Ces idées se traduisirent dans la pratique par les décisions suivantes : 1° le tuteur irrégulièrement donné par le père à ses enfants légitimes doit être confirmé purement et simplement par le magistrat (1). La mission de ce dernier consiste exclusivement à s'assurer que l'intention du testateur n'a pas changé, et qu'il n'est survenu à son insu aucune circonstance de nature à la modifier; mais il n'a pas à vérifier la moralité et l'aptitude du tuteur. Aussi dit-on que la confirmation se fait sans enquête (L. 1 § 2; L. 8, *De conf. tut.*, XXVI, 3); 2° le tuteur nommé par le père naturel à l'enfant issu *ex concubinatu* doit être confirmé après enquête, si le père n'a rien laissé à l'enfant. S'il lui a laissé quelque chose, une enquête n'est pas nécessaire (L. 7 pr., *De conf. tut.*) (2); 3° le tuteur nommé par la mère est également confirmé, mais toujours après enquête, et en supposant l'enfant institué par la mère (3); 4° enfin la confirmation sur enquête est admise à l'égard du tuteur donné soit par le patron à son affranchi, soit par un étranger à un impubère quelconque. Mais ici il ne suffit plus que l'impubère ait été institué par le testateur, il faut qu'il n'ait pas de biens en dehors de ceux que cette institution lui procure (L. 4, *De conf. tut.*) (4).

(1) Les textes mentionnent comme nécessitant et autorisant cette confirmation les irrégularités suivantes : 1° la disposition est faite en forme de prière, ou écrite soit dans un codicille non confirmé, soit dans un testament nul en la forme (L. 1 § 1; L. 3, *De conf. tut.*); 2° la personne appelée à la tutelle est un *servus proprius* que le testateur n'a affranchi que par fidéicommis (L. 28 § 1, *De test. tut.*); 3° le pupille est un émancipé (§ 5 *sup.*, *De tut.*). Il faut nécessairement supposer, dans cette troisième hypothèse, qu'il s'agit d'un véritable descendant du testateur. S'il s'agissait d'un enfant adoptif émancipé, l'émancipation aurait ôté à l'adoptant sa qualité de père, et il ne pourrait y avoir lieu à une confirmation sans enquête.

(2) Aux termes d'une constitution de Justinien (L. 4, C., *De conf. tut.*, V, 29), le tuteur ne doit être ainsi confirmé qu'en ce qui concerne les biens laissés par le père naturel à son enfant.

(3) Deux autres textes parlent du tuteur nommé par la mère. L'un (L. 2 pr., *De conf. tut.*) ne mentionne pas la nécessité de l'institution du pupille. Cela tient à ce qu'il examine une tout autre question, savoir s'il y aura enquête et si une caution sera exigée. L'autre (L. 4, C., *De test. tut.*, V, 28) nie que cette institution soit nécessaire. Mais sans nul doute il faut y retrancher le *non* de la seconde phrase, sinon elle contredirait la première.

(4) Dans les diverses hypothèses que je viens d'indiquer le tuteur confirmé gérera-t-il tous les biens du pupille? Oui, sans aucun doute, lorsqu'il aura été nommé par le père de famille et que l'irrégularité tiendra seulement à la forme de la nomination. Non, au contraire, lorsque le pupille n'était pas sous la puissance du tes-

Dans toutes ces hypothèses, le tuteur confirmé reste tuteur testamentaire. En dehors d'elles, rien sans doute n'empêche le magistrat de suivre la désignation faite par un testateur sans droit; mais, en la suivant, il ne confirmerait pas un tuteur testamentaire, il nommerait un tuteur Atilien. Et ce n'est pas là une pure distinction de mots. Elle importe beaucoup, quand il s'agit de savoir si le tuteur est tenu de donner caution ou si le pupille qui a plusieurs tuteurs peut être valablement autorisé par un seul (n°s 141 et 152).

III. — DE LA TUTELLE LÉGITIME DES AGNATS ET DES *gentiles*.

Lib. I, tit. XV, *De legitima adgnatorum tutela*, pr. — Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege Duodecim Tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi (Gaius, I, § 155).

Ceux qui n'ont pas reçu de tuteurs testamentaires sont, d'après la loi des Douze Tables, sous la tutelle de leurs agnats, et ceux-ci sont appelés tuteurs légitimes.

§ 2. — Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare, sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; quod tunc quoque accidere intelligitur, quum is qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.

Du reste la loi, en appelant les agnats à la tutelle *ab* intestat, ne suppose pas absolument que celui qui pouvait donner des tuteurs n'a pas testé, elle le suppose mort intestat quant à la tutelle; ce qui s'entend aussi du cas où le tuteur désigné est mort du vivant du testateur.

Lib. I, tit. XVI, *De capitis deminutione*, § 7. — Quum autem ad adgnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximiore (1) gradu sunt, vel, si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes : velut si plures fratres sunt qui unum gradum obtinent, ideoque pariter ad tutelam vocantur.

Mais lorsque la tutelle appartient aux agnats, elle ne leur appartient pas à tous ensemble, mais seulement à ceux du degré le plus proche, et, s'il y en a plusieurs à ce degré, à tous ceux-là : par exemple, si le pupille a plusieurs frères, tous étant au même degré, tous sont appelés ensemble à la tutelle.

tateur. Ici, en effet, la nomination n'est efficace qu'autant que le pupille était déjà *sui juris*, donc en tutelle, au moment de la mort du testateur. Or comment admettre que ses tuteurs actuels soient dessaisis? Il faudra donc limiter les pouvoirs du nouveau tuteur à la gestion des biens laissés au pupille par le testateur qui a fait la nomination (arg. de la loi 4, C., *De conf. tut.*).

(1) Ce comparatif, formé du superlatif *proximus*, est un véritable barbarisme. On le retrouve pourtant dans beaucoup d'autres textes (notamment L. 3 § 9, *De leg. tut.*, XXVI, 4).

130. Les tutelles déférées par la loi sont toutes fondées sur la vocation du tuteur à la succession légitime du pupille. On applique ce principe : *Ubi est emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ esse debet* (Inst., pr., *De leg. tut.*, I, 17). Et ce principe lui-même s'explique par cette considération que la bonne administration du patrimoine du pupille intéresse tout particulièrement les personnes qui peuvent d'un jour à l'autre être appelées à recueillir son héritage (L. 1 pr., *De leg. tut.*, XXVI, 4). Il y a donc ici communauté d'intérêt entre le pupille et le tuteur.

La tutelle légitime des agnats, expressément (*propalam*) consacrée par les Douze Tables (Ulp., XI § 3), présente ce caractère particulier de ne jamais appartenir qu'à un ingénu comme aussi de n'être établie que sur des ingénus, et cela tient à ce que l'affranchi ne saurait avoir d'autres agnats que les descendants placés en sa puissance (n° 95).

Comme elle est déférée sans aucun examen de l'aptitude individuelle du tuteur, et sur le seul fondement de sa qualité d'agnat, elle devait céder le pas à la tutelle testamentaire, toujours déférée en connaissance de cause, et justifiée d'ailleurs par le droit absolu de disposition du père de famille. Aussi la loi des Douze Tables elle-même subordonnait la vocation des agnats à l'absence d'un tuteur testamentaire actuellement investi (Gaius, I, § 155), et la jurisprudence, allant beaucoup plus loin, décida qu'aussi longtemps qu'on pourrait espérer un tuteur testamentaire, il n'y aurait pas lieu à la tutelle légitime (L. 11 pr., *De test.t ut.*). Conformément à ces principes, voici plusieurs cas où la tutelle des agnats ne s'ouvre pas : 1° un tuteur testamentaire a été nommé *sub conditione* ou *ex die*, et la condition est encore en suspens ou le terme non arrivé (L. 11 pr., *De test. tut.*); 2° le tuteur testamentaire est fou ou captif (Inst., § 2, *De Atil. tut.*, I, 20) (1); 3° la succession du père du pupille n'est encore ni répudiée ni acceptée (Inst., § 1, *De Atil. tut.*, 1, 20); 4° de plusieurs tuteurs testamentaires il y en a un ou quelques-uns seulement qui sont morts ou devenus incapables, qui ont été excusés, destitués ou écartés (L. 11 § 4, *De test. tut.*).

En sens inverse, les mêmes principes conduisent à déclarer la tutelle des agnats ouverte : 1° lorsque le père de famille n'a pas testé, ou, ce qui revient au même ici, n'a nommé aucun tuteur par testament. Dans ce

(1) Dans le droit de Justinien, il faut assimiler à ces deux hypothèses celle d'un tuteur testamentaire mineur de vingt-cinq ans, pourvu que sa majorité doive précéder la puberté du pupille, sans quoi la nomination resterait tout à fait inefficace.

dernier cas, il est intestat quant à la tutelle (§ 2 *sup.*); 2° lorsque, soit du vivant du testateur, soit après sa mort, tous les tuteurs qu'il a nommés sont morts eux-mêmes ou devenus incapables (L. 11 § 4, *De test. tut.*); 3° lorsque la nomination a été faite sous condition et que la condition est défaillie; 4° lorsqu'elle a été faite *ad diem* ou *ad conditionem* et que le terme est arrivé ou la condition réalisée (1).

D'après les principes posés, il semble que la tutelle légitime devrait s'ouvrir aussi lorsque le tuteur ou tous les tuteurs testamentaires ont été destitués ou ont fait admettre une excuse. Et tel fut certainement le droit primitif. Mais, cédant à un mouvement général de réaction contre cette tutelle des agnats, déférée au hasard, le sénat décida que dans notre hypothèse un tuteur devrait être nommé par le magistrat (Ulp., XI, § 23. — Gaius, I, § 182). Se demandera-t-on pourquoi le sénat n'étendit pas cette décision très-raisonnable au cas de décès de tous les tuteurs testamentaires? Cela tient sans doute à ce que le père de famille doit naturellement prévoir le décès des tuteurs de son choix, et dans cette prévision en nommer d'autres s'il tient à écarter la tutelle légitime, tandis qu'il peut fort bien n'avoir pas présente à l'esprit l'éventualité tout à fait exceptionnelle d'une excuse ou d'une destitution.

131. Le pupille peut avoir une multitude d'agnats, et l'on ne pouvait pas admettre que la tutelle leur appartînt à tous ensemble. Quels sont donc ceux à qui elle sera déférée de préférence, et si, une fois investis, ceux-ci viennent à manquer, sera-t-elle dévolue à d'autres agnats? Quand on n'oublie pas que les agnats puisent leur vocation à la tutelle dans leur vocation à la succession légitime, on aboutit logiquement aux déductions suivantes : 1° le plus proche agnat, excluant tous les autres de la succession, les exclut aussi de la tutelle (§ 7 *sup.*). D'où il suit que cette tutelle n'appartient jamais qu'à des personnes *sui juris*, car l'agnat qui est *in potestate* est nécessairement plus éloigné du pupille que son père; 2° si, au lieu d'un seul agnat au degré le plus proche, il y en a plusieurs, la tutelle s'impose à tous, de même qu'ils ont tous l'expectative de la succession. Et par conséquent l'impubère qui a pour plus proches agnats un oncle paternel et un neveu issu d'un frère prédécédé sera sous la tutelle de l'un et de l'autre; car

(1) Dans tous ces cas, les agnats restent appelés à la tutelle, bien que le père ait donné un substitué pupillaire à son fils. Cette substitution ne leur ôte pas, en effet, l'expectative de la succession légitime, le substitué pouvant mourir avant l'impubère, devenir incapable ou répudier la succession.

il est au troisième degré par rapport à tous les deux (L. 8, *De leg. tut.*); 3° si les agnats investis de la tutelle meurent ou perdent leurs droits d'agnation par une *capitis deminutio*, l'espoir de la succession passant du degré subséquent, cet agnat se trouve aussi appelé à la tutelle par à l'agnat voie de dévolution (*successio*) (L. 3 § 9, *De leg. tut.*); 4° si au contraire les agnats appelés ou investis font agréer une excuse ou encourent la destitution, comme ils conservent leur vocation à la succession, la tutelle n'est pas dévolue au degré subséquent (L. 3 § 8, *De leg. tut.*); 5° il n'y aurait pas non plus dévolution si avant l'ouverture ou pendant le cours de la tutelle le plus proche agnat tombait en captivité. Car, tant qu'il vit, il conserve, avec l'espoir du retour, l'espoir de la succession (L. 1 § 2, *De legit. tut.*).

Si nous nous plaçons dans le droit antérieur à Justinien, cette corrélation entre la vocation héréditaire et la délation de la tutelle est à peu près absolue. Il n'y a qu'un cas où elle cesse : c'est lorsque le pupille a une sœur consanguine; une telle sœur, en effet, est appelée à lui succéder, mais la tutelle, charge essentiellement réservée aux hommes, ne peut appartenir qu'à ses frères consanguins, s'il en a, sinon aux agnats du degré subséquent (L. 1 § 1, *Du leg. tut.*). En dehors de cette hypothèse, l'anomalie que je signale ne se présentait jamais dans l'ancien droit, et cela parce qu'à l'exception des sœurs consanguines les femmes n'étaient pas admises à succéder dans l'ordre des agnats (n° 423). Que si nous passons au droit de Justinien, tel qu'il résulte de son Code et de ses Institutes, la même anomalie va nous apparaître bien plus fréquente. D'une part, en effet, Justinien ne fait plus aucune différence quant au droit de succession, entre les hommes et les femmes. Donc toutes les fois qu'une femme se trouve au plus proche degré d'agnation, quel qu'il soit, la succession sans doute lui est déférée, mais c'est aux agnats mâles du même degré ou à ceux du degré subséquent que la tutelle incombe. D'autre part, nous verrons bientôt (n° 137) que sous Justinien nul ne peut être tuteur avant l'âge de vingt-cinq ans. D'où il résulte que si, parmi les plus proches agnats, il y a tout à la fois des mineurs de vingt-cinq ans et des hommes au-dessus de cet âge, ces derniers sont seuls appelés à la tutelle, bien qu'ils ne soient pas seuls appelés à la succession (1).

Postérieurement à la rédaction des Institutes, la novelle 118 ayant

(1) On peut se demander si, lorsque tous les agnats du plus proche degré sont mineurs de vingt-cinq ans, Justinien appelle à la tutelle les agnats du degré suivant.

supprimé la succession des agnats, supprima aussi leur tutelle (n° 470) (1). Mais dans le nouveau système de succession qu'elle établit, système fondé sur la parenté naturelle, elle conserva le principe ancien d'après lequel la qualité d'héritier présomptif emportait vocation à la tutelle; de sorte que, dans le dernier état du droit, la tutelle légitime des agnats se trouve remplacée par la tutelle légitime des cognats. Les femmes toutefois restent exclues de cette tutelle, à l'exception de la mère et de la grand'mère, pour qui elle constitue, non pas une obligation, mais une faculté subordonnée à deux conditions qui seront indiquées plus loin (n° 137).

132. A défaut d'agnats, il paraît bien probable que la loi des Douze Tables déférait la tutelle aux *gentiles* (n° 96). Trois textes donnent à cette conjecture une vraisemblance qui touche à la certitude : 1° Gaius (III, § 17) nous apprend qu'en l'absence d'agnats les *gentiles* étaient appelés à la succession, ce qui, par application de la règle *ubi emolumentum successionis*, etc., devait leur imposer la tutelle. Celà est d'autant plus probable que dans le même texte Gaius renvoie, quant à la nature de la *gentilitas*, aux explications contenues dans son premier commentaire. Ces explications nous manquent : mais on ne voit guère à quelle occasion l'auteur les aurait données, si ce n'est à propos de la tutelle; et, en effet, le manuscrit du premier commentaire présente une lacune assez considérable entre le § 164 qui termine l'exposé de la tutelle des agnats et le § 165 qui traite de la tutelle des patrons; 2° il est certain qu'à défaut d'agnats, la loi des Douze Tables déférait la curatelle des fous aux *gentiles* (tab. V, n° 5). Donc, par analogie, les *gentiles* devaient aussi, en matière de tutelle, prendre la place des agnats qui manquaient; 3° enfin, la *laudatio funebris Turiæ*, qui paraît remonter au siècle d'Auguste, prouve que la tutelle des *gentiles* était admise à l'égard des femmes pubères, et dès lors, pour douter qu'elle s'appliquât aussi aux pupilles, il faudrait commencer par démontrer que les Romains eurent deux systèmes de tutelle différents, l'un pour les pupilles, l'autre pour les femmes pubères (2).

(2) Gaius nous apprend qu'une *lex Claudia*, c'est-à-dire probablement un sénatus-consulte rendu sous Claude, avait déjà supprimé la tutelle des agnats à l'égard des femmes pubères ou impubères (Gaius, I, § 157). Mais l'empereur Constantin rétablit, quant aux femmes impubères, la règle ancienne, ne trouvant sans doute aucune raison sérieuse pour faire une différence si grave entre les pupilles de l'un ou de l'autre sexe (L. 3, C., *De leg. tut.*, V, 30).

(1) Voir cette *laudatio funebris* dans les *juris Romani antiqui vestigia* de M. Ch. Giraud (pages 330 et suiv.).

IV. — DE LA TUTELLE LÉGITIME DES PATRONS.

Lib. I, tit. XVII, *De legitima patronorum tutela*, pr. — Ex eadem lege Duodecim Tabularum, libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. Quæ et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere; quum et agnatos quos ad hereditatem lex vocat eosdem et tutores esse jussit; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque, quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, quum alius sit tutor (Gaius, I, § 165).

En vertu de la même loi des Douze Tables, la tutelle des affranchis de l'un ou de l'autre sexe appartient au patron et à ses enfants. Et elle s'appelle également tutelle légitime, non qu'elle soit établie expressément par cette loi, mais on l'a admise par interprétation, comme si elle eût été écrite dans la loi. Par cela même, en effet, que la loi déférait au patron et à ses enfants l'hérédité des affranchis et des affranchies venant à mourir intestats, les anciens ont pensé qu'elle avait voulu du même coup leur déférer la tutelle, puisque appelant les agnats à l'hérédité, elle leur impose aussi d'être tuteurs; car c'est la règle ordinaire qu'où est le bénéfice de la succession, là aussi doit être la charge de la tutelle. Et si nous disons seulement que telle est la règle ordinaire, c'est qu'en supposant un impubère affranchi par une femme, c'est bien elle qui est appelée à l'hérédité, mais la tutelle est déférée à un autre.

133. Les affranchis forment à eux seuls une famille; ils n'ont ni père ni agnats. Pour eux donc la tutelle légitime des agnats est aussi inconcevable que la tutelle testamentaire. Comment va-t-elle être remplacée? Il faut distinguer ici entre les affranchis citoyens romains et les affranchis latins.

Les affranchis citoyens romains, sans qu'il y ait à rechercher si la liberté leur a été donnée spontanément ou en exécution d'une obligation, par exemple d'un fidéicommis, ont pour tuteur le patron lui-même, tant qu'il vit, et après sa mort, par conséquent toujours quand ils sont *liberti orcini*, les descendants du patron (pr. *sup.* — L. 1,

§§ 1 à 3, *De legit. tut.*). Cette tutelle, que la loi des Douze Tables n'établissait pas expressément, fut admise par voie de conséquence, attendu que cette loi appelait le patron ou ses descendants à la succession légitime de l'affranchi (pr. *sup.* — Ulp., XI § 3. — L. 3 pr., *De legit. tut.*). De cette idée fondamentale résultent les conséquences suivantes : 1° s'il y a plusieurs patrons, la tutelle leur est commune, ainsi que le serait la succession (L. 3 § 4, *De legit. tut.*); 2° l'un d'eux mourant, ses enfants ne lui succèdent pas dans la tutelle, parce que la qualité d'héritiers présomptifs de l'affranchi n'appartient pour le moment qu'aux patrons survivants. Il en est de même lorsque l'un des patrons perd la liberté ou la cité, et d'une manière plus générale lorsqu'il subit une *capitis deminutio* (L. 3 §§ 5 et 9, *De legit. tut.*); 3° quand le patron unique ou tous les patrons sont morts ou *capite deminuti*, la tutelle est dévolue à leurs descendants, mais seulement aux plus proches, parce que c'est à ces derniers seuls qu'appartient l'espoir de la succession. D'où il suit que deux patrons laissant, l'un un fils, l'autre un petit-fils, le fils seul arrive à la tutelle (L. 3 §§ 6, 7 et 9, *De legit. tut.*); 4° en cas d'excuse ou de destitution du patron, la tutelle n'est pas dévolue à ses enfants, parce que l'espoir de l'hérédité ne leur appartient pas (L. 3 § 8, *De legit. tut.*); 5° bien qu'exhérédés, les enfants du patron seront chargés de la tutelle, le père n'ayant pas pu, en leur ôtant sa propre succession, leur ôter celle de l'affranchi (Gaius, III, § 58).

Ici toutefois, comme pour la tutelle des agnats, il faut remarquer que la règle *Ubi emolumentum successionis*, etc., n'est pas susceptible d'une application absolument exacte. Et, en effet, si c'est une femme qui affranchit, la succession lui est déférée, mais non la tutelle. Donc un homme et une femme affranchissant leur esclave indivis, l'expectative de la succession leur appartient à tous les deux; mais la tutelle n'est déférée qu'au patron ou aux fils du patron. Pareillement, si le patron laisse une fille et un petit-fils *ex filio*, la succession appartient à la fille, la tutelle au petit-fils (L. 1 § 1, *De legit. tut.*).

Quant aux affranchis latins, la règle établie par la loi Junia Norbana est qu'ils ont pour tuteur celui qui à leur dernier instant d'esclavage avait sur eux le *dominium ex jure Quiritium* (Gaius, I, § 167. — Ulp., XI § 19). Pratiquement, cela revient à dire que la tutelle appartient toujours au *manumissor* lui-même, à l'exception d'un seul cas, celui où, n'ayant que la propriété bonitaire, il a été par cela même dans l'impossibilité de rendre l'affranchi citoyen. Dans ce cas spécial

il n'y a pas corrélation entre la charge de la tutelle et l'espérance d'acquérir les biens du Latin, car ce n'est jamais au *nudus dominus ex jure Quiritium* qu'ils appartiendront. En tous autres cas, cette corrélation existe; mais comme à la mort du Latin ses biens, au lieu de former une véritable succession, redeviennent légalement un pécule, partant une dépendance du patrimoine du patron (n° 429), il est tout à fait probable que la mort de ce dernier entraîne délation de la tutelle, non pas nécessairement à ses descendants et à eux seuls, mais bien à ses héritiers, quels qu'ils soient. De sorte qu'on reste ici dans l'esprit, sinon dans la lettre de la règle *Ubi emolumentum successionis*, etc.

V. — DE LA TUTELLE FIDUCIAIRE ET DE LA TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANTS.

Lib. I, tit. XIX, *De fiduciaria tutela*, pr. — Est et alia tutela quæ fiduciaria appellatur; nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps, impuberes manumiserit (1), legitimam nanciscitur tutelam : quo defuncto, si liberi virilis sexus ei exstant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris vel sororis, et ceterorum, efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores : quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam; libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini, post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur si perfectæ ætatis sunt. Quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et

Il y a aussi une tutelle qu'on appelle fiduciaire; en effet, si un père de famille émancipe avant leur puberté son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille ou des descendants plus éloignés, il devient leur tuteur légitime : et, lui mort, s'il laisse d'autres descendants du sexe masculin, ils deviennent tuteurs fiduciaires de leurs enfants, de leur frère ou de leur sœur ou des autres. Et cependant, quand c'est un patron tuteur légitime qui meurt, ses enfants sont tuteurs légitimes comme lui. Cette différence tient à ce que le fils du défunt, s'il n'eût pas été émancipé par son père vivant, serait devenu *sui juris* à la mort de ce dernier, et ne fût pas tombé sous la puissance de ses frères ni par conséquent sous leur tutelle; tandis que l'affranchi, demeuré esclave, eût appartenu à coup sûr aux enfants de son maître défunt en vertu du même droit qu'a

(1) Cette expression, qui se réfère aux anciennes formes de l'émancipation et spécialement au cas où le père faisait lui-même l'affranchissement final, n'est plus exacte sous Justinien.

curationibus observari præcepit.

leur père. Cependant les enfants du père émancipateur ne sont appelés à la tutelle qu'autant qu'ils ont atteint l'âge de vingt-cinq ans. c'est ce que notre constitution a décidé d'une manière générale pour toutes tutelles et curatelles.

Lib. I, tit. XVIII, *De legitima parentium tutela*, pr. — Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa legitima vocatur : nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

A l'exemple de la tutelle des patrons, on en a admis une autre qu'on appelle aussi tutelle légitime : si en effet quelqu'un émancipe avant leur puberté son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille, ou des descendants ultérieurs, il devient leur tuteur légitime.

134. On a déjà vu (n° 122) que celui qui affranchit et rend *sui juris* une personne libre placée *in mancipio* est assimilé à un patron. Par une conséquence nécessaire, lorsque cet affranchissement s'applique à un impubère, la tutelle appartient au *manumissor*, sans distinguer si c'est le père ou un *extraneus*, et, lui mort, elle passe à ses descendants. Mais comme la vocation de ces personnes à la succession ne résulte pas d'un texte formel des Douze Tables, en général on ne les appelle pas tuteurs légitimes; on les appelle fiduciaires, sans doute parce que dans la pratique la plus ordinaire l'affranchissement n'intervient qu'à la suite d'un contrat de fiducie (1). Par exception, pourtant, lorsque dans une émancipation c'est le père qui a fait l'affranchissement final, on le qualifie tuteur légitime; de sorte qu'il y a ici une différence entre les enfants du patron proprement dit et les enfants de l'ascendant émancipateur, les premiers étant tuteurs légitimes comme leur père, les seconds n'ayant qu'une tutelle fiduciaire. Gaius (I, § 175) relève ce contraste, et Justinien prétend l'expliquer par la considération suivante : sans l'émancipation, l'impubère fût devenu *sui juris* par la mort de son père au lieu de tomber sous la puissance de ses frères aujourd'hui ses tuteurs, tandis que l'esclave non affranchi eût passé, par la mort du maître, sous la puissance des enfants de ce dernier. Cette explication pèche à un double point de vue : 1° si c'est un petit-fils qui a été émancipé, il se trouvera, l'aïeul mort, sous la tutelle de son père,

(1) Ce contrat fait évidemment défaut lorsque l'impubère est affranchi d'un *mancipium* sérieux. Dans ce cas, fort rare sans doute, il est probable que la tutelle du *manumissor* n'en est pas moins appelée fiduciaire.

et cette tutelle ne sera que fiduciaire; pourtant, sans l'émancipation, le père aurait bien aujourd'hui la *patria potestas;* 2° l'esclave resté en servitude ne fût devenu la propriété des enfants de son maître qu'autant que celui-ci ne les aurait pas exhérédés; et cependant cette exhérédation ne les empêche pas d'avoir la tutelle légitime. — Au lieu donc de se demander pourquoi les enfants du père émancipateur n'ont pas une tutelle légitime, il faut plutôt rechercher pourquoi celle du père lui-même n'est pas simplement fiduciaire, comme le voudraient les principes; et le seul motif de cette anomalie est celui que donne Gaius (I, § 172) : on n'a pas voulu honorer moins le père émancipateur que le patron (1).

Dans le droit des Institutes, l'affranchissement final étant toujours réputé fait par le père qui émancipe son fils et le *mancipium* ayant disparu, il n'est plus question de la tutelle du *manumissor extraneus* et de ses enfants. Les seuls tuteurs fiduciaires sont donc désormais les descendants du père émancipateur (2). Il faut remarquer que la novelle 118, qui supprima la tutelle des agnats, ne supprima ni la tutelle légitime du père ni la tutelle fiduciaire de ses descendants. D'où il résulte que, dans le dernier état du droit, l'émancipé impubère ayant son père et un frère, la tutelle n'appartient qu'au père, bien que l'espérance de la succession se partage entre lui et le frère (Nov. 118, cap. 2).

VI. — DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE MAGISTRAT.

Lib. I, tit. XX, *De Atiliano tutore et eo qui ex lege Julia et Titia dabitur*, pr. — Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in urbe quidem Roma, a prætore urbano et majore parte tribunorum plebis, tutor ex lege Atilia; in provinciis vero, a præsidibus provinciarum, ex lege Julia et Titia (Gaius, I, § 185).

Si une personne n'avait absolument aucun tuteur, à Rome le préteur urbain et la majeure partie des tribuns de la plèbe lui en donnaient un d'après la loi *Atilia;* dans les provinces, la nomination était faite par les présidents en vertu de la loi *Julia Titia.*

§ 1. — Sed et si testamento tutor

Mais en supposant même un tu-

(1) Ce n'est pas là une pure affaire de mots. Le père, étant tuteur légitime, pourra être exempté de l'obligation de fournir *satisdatio* (n° 141); et si c'est de sa fille qu'il est tuteur, il pourra sans contestation transmettre la tutelle à un tiers par voie d'*in jure cessio* (n° 164).

(2) Je suppose que le père ne les a pas écartés en nommant un tuteur testamentaire (§ 5, *De tut.*).

sub conditione aut die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item si pure datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo heres existat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret (Gaius, I, § 186).

teur testamentaire donné sous condition ou à partir d'un certain temps, tant que la condition était en suspens ou le terme non arrivé, un tuteur pouvait être nommé en vertu de ces lois. Pareillement, si un tuteur avait été donné purement et simplement, tant qu'il n'y avait pas d'héritier investi en vertu du testament, un tuteur devait être demandé conformément à ces lois. Ces tuteurs étaient dessaisis par l'arrivée de la condition ou du terme, ou lorsqu'il y avait un héritier.

§ 2. — Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur, qui desinebat esse tutor, si is qui captus erat in civitatem reversus fuerat; nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii (Gaius, I, § 187).

De même quand le tuteur était fait prisonnier par les ennemis, on demandait en vertu de ces lois un tuteur qui cessait ses fonctions si le captif revenait dans la cité; car celui-ci reprenait la tutelle par le droit de *postliminium* (1).

§ 3. — Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primò consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde prætores ex constitutionibus; nam supradictis legibus, neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quidquam cavebatur.

Mais les pupilles cessèrent de recevoir des tuteurs en vertu de ces lois, lorsque des constitutions impériales eurent confié aux consuls d'abord, ensuite aux préteurs, le soin de donner sur enquête des tuteurs aux pupilles des deux sexes; car ces lois ne contenaient aucune disposition qui forçât les tuteurs soit à garantir par une caution ue les intérêts des pupilles ne seraient point compromis, soit à administrer la tutelle.

§ 4. — Sed hoc jure utimur, ut Romæ (2) quidem præfectus urbi (3)

Mais, dans la pratique actuelle, les tuteurs sont nommés, à Rome,

(1) Cette expression est intraduisible comme presque toutes celles qui expriment une idée complétement étrangère et à notre histoire et à nos usages présents.

(2) Justinien désigne ici tout à la fois Rome et Constantinople. Il y a en ce sens deux raisons décisives : c'est d'abord qu'à l'époque où les Institutes furent rédigées et promulguées, Rome n'avait pas encore été reconquise sur les Ostrogoths. C'est en second lieu que lui-même emploie l'expression *utraque Roma* pour désigner Rome et Constantinople (L. 7, C., *In quib. caus. pign.*, VIII, 15).

(3) Sous les rois et sous la république la *præfectura urbis* n'était qu'une magis-

vel prætor secundum suam jurisdictionem, in provinciis autem præsides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus jussu præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.

§ 5. — Nos autem per constitutionem nostram, et hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec exspectata jussione præsidum, disposuimus, si facultas pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos (1) valeat, defensores civitatum (2), una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite (3), vel alias personas publicas, id est magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis (4), tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

par le préfet de la ville ou par le préteur selon leur juridiction respective; dans les provinces, par les présidents après enquête, ou par le magistrat local sur l'ordre du président, si la fortune du pupille n'est pas considérable.

Quant à nous, supprimant par une constitution les difficultés que cette pratique crée aux citoyens, nous avons décidé que, si la fortune du pupille ou de l'adulte n'excède pas cinq cents solides, ce sont les défenseurs des cités conjointement avec le vénérable évêque de la même cité, ou encore d'autres personnes publiques, c'est-à-dire les magistrats locaux ou le juge d'Alexandrie, qui, sans attendre un ordre des présidents, nommeront les tuteurs et les curateurs, veillant, aux termes de la même constitution, à exiger la caution prescrite par la loi, et cela à leurs risques et périls.

135. A Rome cette tutelle fut organisée par la loi *Atilia*, très-certainement antérieure à l'an de Rome 557 (Tit.-Liv., XXXIX, 9), et postérieure à l'an 387, date de la création du *prætor urbanus* (pr.

trature temporaire et accidentelle. Le *præfectus urbi* remplaçait le roi ou les magistrats absents. C'est Auguste qui rendit cette fonction permanente et régulière, et c'est Mécène qui en fut le premier investi (Suét., *Oct. Aug.*, 37. — Tacit., *Ann.*, VI, 11). Le *præfectus urbi* cumulait des fonctions administratives et des fonctions judiciaires. Notamment il connaissait de tous les crimes commis à Rome ou dans un rayon de cent milles de Rome (L. 1 pr. et § 4, *De off. præf. urb.*, I, 12).

(1) *Solidus* et *aureus* sont synonymes sous le Bas-Empire. Le *solidus* est la soixante-douzième partie d'une livre d'or (L. 5, C., *De suscep.*, X, 70. — L. 24, *De in jus voc.*, II, 4, combinée avec § 3, *De pœn. tem. litig.*, Inst., IV, 16). Et il paraît que la livre d'or pesait à peu près 372 grammes. Le *solidus* équivaut donc environ à quinze francs de notre monnaie.

(2) Sur le *defensor civitatis*, voir n° 739.

(3) Sur le sens du mot *antistes*, voir page 124, note 2.

(4) Depuis Auguste, l'Égypte était soumise à un régime administratif différent de celui des autres provinces. Au lieu d'un proconsul ou d'un propréteur, elle avait à

sup.) (1). Dans les provinces, elle fut établie par la loi *Julia Titia*, rendue probablement en l'an 723 (2). Les interprètes ont souvent appelé tuteurs datifs les tuteurs nommés en vertu de ces lois, et tel est parfois aussi, mais très-rarement, le langage des sources (L. 7, *Rem. pup.*, XLVI, 6). Plus volontiers on les désigne sous les noms de tuteurs Atilien et Julio-Titien.

L'application la plus ordinaire de cette tutelle, et la seule peut-être qui entrât dans les prévisions littérales de ces lois, se présente lorsqu'il n'y a jamais eu ou qu'il n'y a plus ni tuteurs testamentaires ni agnats ou autres personnes directement appelées par la loi (pr. *sup.*). Mais elle s'applique également : 1° dans les cas où nous avons vu que l'espérance d'un tuteur testamentaire écarte provisoirement les agnats (§ 1 *sup.* — n° 130); 2° lorsque, plusieurs tuteurs testamentaires ayant été nommés, il y en a un à remplacer pour une cause quelconque, ou que tous ont été excusés, écartés ou destitués (L. 11 § 4, *De test. tut.* — Gaius I, § 182); 3° lorsque les agnats ou autres personnes appelées à la tutelle par la loi s'excusent, sont écartés ou destitués, ou tombent en captivité, en un mot dans tous les cas où, la tutelle leur échappant provisoirement ou définitivement, il n'y a pas lieu à dévolution (n° 131) (3); 4° enfin dans les hypothèses assez nombreuses où il est nécessaire de nommer un tuteur *certæ causæ* (Ex. : Inst., § 3, *De auct. tut.*, I, 21).

A. Il n'y a pas de magistrat qui soit autorisé par la seule nature de ses fonctions (*jure magistratus*) à nommer des tuteurs (4). Ce droit

sa tête un *præfectus Augustalis*, choisi parmi les chevaliers. Ce personnage gouvernait à la façon d'un roi (Tacit., *Hist.*, I, 11. — Dion Cass., LI, 17). A Alexandrie il y avait un *juridicus* compétent pour faire les actes de juridiction gracieuse, et à qui Marc-Aurèle donna le pouvoir de nommer les tuteurs (LL. 1 et 2, *De off. jurid.*, I, 20).

(1) On trouve en l'an 413 un tribun de la plèbe appelé Atilius (Tit.-Liv., IX, 30). Serait-ce là la date de cette loi?

(2) En cette année 723, Octave fut consul avec un autre personnage appelé Marcus Titius, de sorte que la loi *Julia Titia* s'appellerait Julia du nom de Julius Octavius, et Titia du nom de son collègue. Nous rencontrerions donc ici le fait assez rare d'une loi empruntant les noms des deux consuls (page 134, note 1). D'autre part, à en croire Théophile, et contrairement aux textes de Gaius (I, § 185) et de Justinien (pr. *sup.*), il y aurait ici deux lois distinctes, une loi *Julia*, et une loi *Titia* (Théoph., sur le pr. *sup.*).

(3) On voit par là que la tutelle Atilienne ne coexiste jamais avec la tutelle légitime, tandis que souvent on rencontre à la fois un tuteur testamentaire et un tuteur Atilien.

(4) C'est là ce qui fait dire à Ulpien que la nomination des tuteurs ne rentre ni dans la *jurisdictio* ni dans l'*imperium*, c'est-à-dire ni dans les attributions judi-

n'appartient qu'à ceux à qui une loi expresse le confère. Aussi, à l'exemple de toutes les attributions exceptionnelles qui dérivent d'une loi spéciale, il ne peut faire l'objet d'aucune délégation ; le magistrat qui en est investi doit l'exercer lui-même (L. 1 pr., *De off. ejus cui mand.*, I, 21. — L. 8 pr., *De tut. et cur.*, XXVI, 5). A ce point de vue la nomination des tuteurs est traitée comme les actes de juridiction gracieuse. Elle y ressemble encore en ce qu'elle peut avoir lieu même les jours fériés (L. 8 § 2, *De tut. et cur.*) ; mais elle s'en sépare en ce qu'elle suppose le magistrat siégeant à son tribunal (L. 7 § 1, *De conf. tut.*, XXVI, 3), et qu'il lui est impossible de se nommer lui-même (L. 4, *De tut. et cur.*). Au surplus, la nomination d'un tuteur ne comporte, en règle générale, ni condition ni terme (L. 6 § 1, *De tut.*), et cela tient à deux raisons, d'abord à la nature même des décisions des magistrats, qui ne se conçoivent guère que pures et simples, puis aussi et surtout à la situation du pupille qui exige une protection continue et immédiate. Cependant lorsque le magistrat nomme un tuteur en remplacement d'un autre tuteur fou, captif, temporairement excusé ou empêché, la nomination est tacitement, et par la force des choses, faite *ad diem* ou *ad conditionem*.

136. Quelle est l'autorité compétente pour nommer les tuteurs? Les lois précitées avaient établi un système fort simple : à Rome, la nomination était faite par le préteur urbain et la majorité des tribuns plébéiens (1); dans les provinces, elle appartenait au président (pr. *sup.*). Ce système reçut des modifications successives que Justinien indique d'une manière un peu vague et sans distinguer suffisamment entre Rome et les provinces (2).

A Rome, la nomination des tuteurs fut transférée aux consuls par l'empereur Claude (Suétone, *Tib. Claud.*, 23) (3); et elle dut être

ciaires du magistrat ni dans son droit d'employer la force (L. 6 § 2, *De tut.*, XXVI, 1). Toutefois l'on verra plus loin qu'elle se rattache à la *jurisdictio* entendue en son sens le plus large (n° 732).

(1) Cela veut-il dire que le préteur urbain dût nécessairement réunir les dix tribuns et en rallier six à son opinion? ou bien ne suffisait-il pas que la majorité des tribuns délibérât avec lui et que la nomination par lui faite fût approuvée de trois d'entre eux? Quoi qu'il en soit, nous trouvons ici une exception à la règle d'après laquelle un seul tribun paralysait par son *veto* les décisions de tous ses collègues et même des autres magistrats.

(2) Dans mon opinion, les indications données à cet égard par le paragraphe 3, *De Atil. tut.*, se réfèrent exclusivement à Rome.

(3) Pline le Jeune (*Epist.*, IX, 13 § 16) nous donne l'exemple d'un tuteur nommé par les consuls. Il est aussi fait allusion au pouvoir de ces magistrats par Modestin

précédée d'une enquête portant sur la moralité, la capacité et la fortune du tuteur (§ 3 *sup.* — L. 21 §§ 5 et 6, *De tut. et curat.*, XXVI, 5).

Plus tard, Marc-Aurèle (Jul. Capit., *M. Anton. phil.*, 10) enleva cette attribution aux consuls pour la transporter à un préteur spécial qu'il institua sous le nom de *prætor tutelaris* (1). Enfin dans le droit de Justinien, et cela depuis une époque qu'il est impossible de préciser, la compétence, soit à Rome, soit à Constantinople, se partage entre le *præfectus urbi* et le *prætor tutelaris*. C'est ce dernier, en principe, qui nomme les tuteurs; exceptionnellement, pour certaines personnes, savoir les enfants des *illustres* et des *clarissimi* (2), c'est le *præfectus urbi* (3), mais assisté de dix sénateurs et du *prætor tutelaris* (4).

Dans les provinces, les présidents ne perdirent jamais l'attribution qu'ils tenaient de la loi *Julia Titia*. Mais, à raison de l'étendue de leurs ressorts, il pouvait leur être fort difficile de pourvoir eux-mêmes,

(L. 1 § 1, *De conf. tut.*). Justinien explique l'abandon du système des lois *Atilia* et *Julia Titia* par leur imprévoyance sur deux points importants : elles ne forçaient en aucun cas les tuteurs ni à fournir caution ni à administrer. Mais ces lacunes pouvaient être comblées sans que l'on modifiât les règles de compétence. Selon moi, la loi *Atilia* tomba parce que l'empire eut bientôt usé le tribunat, magistrature qui ne conserva plus de force réelle que lorsqu'elle appartenait à l'empereur (Pline le Jeune, *Ep.*, I, 23). Quant à la loi *Julia Titia*, ses dispositions furent complétées, mais non pas abrogées. La compétence des *præsides* cessa d'être exclusive dans les provinces, mais ne disparut jamais.

(1) Paul et Ulpien firent l'un et l'autre un ouvrage relatif aux attributions de ce préteur (*Fr. Vat.*, §§ 173, 232, 233, 238, 244). L'un des textes que je cite (§ 233) est particulièrement intéressant : il prouve d'abord que la compétence du *prætor tutelaris* était déterminée par la situation des biens et non par le domicile du pupille. Il prouve en second lieu qu'en dehors de Rome, dans les régions Italiques où l'administration de la justice était dirigée par des *juridici* (n° 734), ces magistrats étaient seuls compétents pour nommer des tuteurs.

(2) Théophile, précisant le sens du paragraphe 4 (*sup.*), dit formellement que la compétence du *præfectus urbi* était déterminée par la qualité des personnes, et l'opinion que j'exprime se justifie par la rubrique d'un titre du Code (*De tut. vel curat. illust.*, V, 33), et par la loi 1 de ce titre dans laquelle au début il faut peut-être lire *illustribus* au lieu de *illustris*.

(3) La compétence du *præfectus urbi* est déjà attestée par un texte de Tryphoninus (L. 45 § 3, *De excus.*, XXVII, 1). Et il est fort possible qu'elle remonte à une époque très-antérieure, les titres d'*illustres* et de *clarissimi* ayant été, paraît-il, inventés par Auguste. Ce prince réserva ces titres aux sénateurs, s'en servant pour établir entre eux une sorte de hiérarchie. Tout sénateur était au moins *clarissimus*; les mieux notés étaient *illustres*.

(4) L'intervention du *prætor tutelaris* est constatée par la loi 1 au Code, *De tut. vel curat. illust.* (V, 33).

ou du moins de pourvoir en connaissance de cause à toutes les nominations de tuteurs. C'est pourquoi Marc-Aurèle fit rendre un sénatus-consulte qui attribuait également compétence au *legatus præsidis* (L. I § 1, *De tut. et cur.*, XXVI, 5). Mais cette mesure elle-même était insuffisante, et voici, d'après Justinien (§ 4 *sup.*), quel était le système en vigueur au début de son règne et cela probablement depuis plusieurs siècles. On faisait une distinction entre les pupilles qui avaient une certaine fortune et ceux dont le patrimoine était nul ou très-médiocre. Aux premiers le magistrat supérieur nommait lui-même un tuteur; il le nommait après enquête, et sans exiger une caution que la fortune même du pupille eût rendue difficile à trouver (1). Aux autres, le tuteur était donné par le magistrat municipal sur un ordre spécial ou général du président; mais ici, on remplaçait l'enquête par la garantie d'un cautionnement que l'exiguïté des biens du pupille empêchait d'être trop onéreux. Ce système remonte-t-il au droit classique? Cela me paraît incontestable; car plusieurs textes des IIe et IIIe siècles nous montrent les magistrats municipaux donnant eux-mêmes des tuteurs, les donnant *ex præcepto præsidis*, c'est-à-dire sur un ordre du président de la province (L. 46 § 6, *De adm. et per.*, XXVI, 7. — L. 7, *De mag. conv.*, XXVII, 8. — *Fr. Vat.*, § 191). Seulement, il paraît, ce dont Justinien ne dit mot, que le choix du magistrat municipal ne pouvait porter que sur une personne originaire du municipe même (L. 3, *De tut. et cur.* — L. 5, C., *Qui dare tut.*, V, 34). Reste à nous demander si en chargeant les magistrats municipaux de nommer des tuteurs, le président de la province ne méconnaissait pas la règle qui, en cette matière, lui défendait de déléguer ses pouvoirs. Or une telle supposition est en elle-même inadmissible. Les magistrats ne se donnent pas le mot pour violer la loi tous et partout. Et l'on peut tenir pour certain que la pratique des présidents avait été autorisée soit par une série de lois spéciales, soit par une loi générale (2). C'est en ce sens qu'il faut entendre un texte où Ulpien nous dit que le droit de nommer des tuteurs

(1) A Rome et à Constantinople le tuteur, étant toujours nommé par le magistrat supérieur, ne l'était qu'après enquête et ne donnait pas caution (§ 4 *sup.*).

(2) Cette loi ou ces lois eurent très-probablement leur origine dans l'usage suivant : Les magistrats municipaux servaient d'intermédiaires entre les personnes qui sollicitaient la nomination du tuteur et le président qui la faisait. C'est entre leurs mains que la demande était déposée, et ce sont eux qui la transmettaient au magistrat supérieur avec une désignation de la personne qu'ils croyaient convenable d'appeler à cette fonction (L. I §§ 3 et 5, *De magist. conv.*, XXVII, 8). Cette désignation

a été donné à tous les magistrats municipaux (L. 3, *De tut. et cur.*) (1).

La législation qui vient d'être exposée fut tout à la fois simplifiée et précisée par deux décisions de Justinien : 1° les magistrats municipaux purent désormais nommer les tuteurs sans y être autorisés par un ordre du président; 2° ils ne purent en nommer qu'aux pupilles dont la fortune ne dépassait pas le chiffre de 500 solides (§ 5 *sup.* — L. 30, C., *De episc. aud.*, I, 4). Toutefois ce système laissait subsister une grave difficulté : pour déterminer la compétence, pour savoir par conséquent si le tuteur devait être nommé sur enquête et sans caution, ou sans enquête et sous la charge de fournir caution, une estimation préalable de la fortune du pupille pouvait être nécessaire. Et Justinien ne nous dit pas à qui il appartenait d'y procéder.

Reste à faire observer que, le magistrat ne pouvant pas avoir l'œil ouvert sur tous les impubères qui avaient besoin d'un tuteur, on permettait à tous les parents et alliés du pupille, ainsi qu'aux amis de sa famille, de requérir pour lui la nomination d'un tuteur. On en faisait même une obligation à sa mère et aux affranchis de son père. Cette obligation méconnue entraînait pour la mère déchéance de ses droits à la succession légitime du pupille, pour les affranchis une peine corporelle (Inst., § 6, *De sct. Tertul.*, III, 3. — L. 2 pr. et § 1, *Qui pet. tut.*, XXVI, 6).

s'appelait *nominatio*. Et, en effet, il y a un titre du Digeste qui, sous le nom de *nominatores tutorum*, désigne certainement les magistrats municipaux (*De fidej. et nomin.*, XXVII, 7). On voit par là qu'il ne faut pas confondre les expressions *nominare tutorem* et *dare tutorem*. Elles impliquent la différence que nous faisons entre une présentation et une nomination.

(1) La doctrine que j'expose relativement au droit des magistrats municipaux ne saurait être contredite pour l'époque qui précède immédiatement Justinien, puisque ce prince la constate de la manière la plus formelle, et comme nous l'allons voir, la modifie par une constitution spéciale. Mais on a prétendu qu'à l'époque classique ces magistrats n'avaient pas besoin d'une autorisation du *præses provinciæ* pour nommer valablement des tuteurs, et à coup sûr il y a des textes dont le langage favorise cette manière de voir. Néanmoins je la repousse par cette raison péremptoire que le pupille est investi en certain cas d'une action subsidiaire contre les magistrats municipaux, et que cette action pourtant ne compète jamais contre ceux qui ont le *jus dandi tutoris*, c'est-à-dire contre ceux qui ont en cette matière un droit propre et indépendant (n° 162). Telle étant la loi générale, je reconnais sans difficulté qu'un droit de cette nature avait pu être conféré par des lois spéciales aux magistrats de certaines localités. C'est ainsi que nous l'avons vu donné par Marc-Aurèle au *juridicus Alexandriæ* (page ~~816~~, note ~~1~~). La loi municipale de Salpensa, rendue sous Domitien, paraît l'avoir accordé aussi aux ~~habitants~~ de Salpensa (*cap.* 29).

315.4. magistrats

VII. — DES INCAPACITÉS ET DES EXCUSES EN MATIÈRE DE TUTELLE.

Lib. I, tit. XXV, *De excusationibus tutorum vel curatorum*, pr. — Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis, plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari, exemplo ceterorum munerum (1); nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt (2); in adoptionem autem

Les tuteurs et les curateurs s'excusent pour des raisons diverses, le plus fréquemment à cause de leurs enfants, soit placés en leur puissance, soit émancipés. En effet, celui qui a un certain nombre d'enfants vivants, trois à Rome, quatre en Italie, cinq dans les provinces, peut s'excuser de la tutelle ou de la curatelle, comme des autres charges; car on admet que la tutelle et la curatelle sont des charges publiques. Mais on ne prend pas en considération les enfants adoptifs,

(1) On attribue assez généralement à Auguste l'organisation du *jus liberorum*. Que cette opinion soit ou non fondée, il est prouvé que dès l'époque de la république le fait d'avoir des enfants ou d'en avoir un certain nombre entraînait déjà quelques avantages (Aul.-Gell., II, 15; V, 19. — Tit.-Liv., XX, 11). Le *jus liberorum* avait pour effet principal l'exemption des charges publiques (*vacatio munerum*), à l'exception toutefois des *munera patrimonii* (L. 2 § 4; L. 10 pr., *De vacat. et excus. mun.*, L, 5). Mais il ne dérobait personne aux *honores*, ni par conséquent aux charges qui y correspondaient (L. 2 § 1; L. 8 pr., *De vacat. et excus. mun.*). Néanmoins celui qui arrivait au chiffre formidable de seize enfants était affranchi du décurionat (L. 5 § 2, *De jur. immun.*, L, 6). D'autres priviléges étaient attachés au *jus liberorum*. Par exemple il libérait un affranchi de l'*obligatio operarum* (L, 37 pr., *De op. lib.*, XXXVIII, 1), il dérobait les femmes pubères à la tutelle (n° 165), il donnait à une mère le droit de succéder à ses enfants (n° 434). Sous Justinien, plusieurs de ces avantages sont devenus le droit commun, de sorte que dans sa législation le *jus liberorum* se résume à peu près en une exemption de certaines charges publiques. Au surplus, selon l'avantage qu'il s'agissait d'obtenir, le nombre des enfants exigés pouvait varier. — Le *jus liberorum* s'obtenait quelquefois par rescrit impérial; mais alors il n'exemptait pas des *munera publica* (*Fr. Vat.*, § 170).

(2) Telle fut la décision d'un sénatus-consulte rendu sous Néron (Tacit., *Annal.*, XV, 12), ce qui prouve ou que régulièrement les enfants adoptifs comptaient jusque-là pour l'acquisition du *jus liberorum*, ou plus probablement que la loi avait été éludée dans la pratique. Car il n'était pas admissible que l'on pût se procurer par une paternité toute fictive, et en quelque sorte à volonté, des priviléges créés pour encourager et récompenser la procréation réelle. Au surplus, un autre motif justifie la décision du sénatus-consulte : c'est que les enfants donnés en adoption ne peuvent pas compter à deux personnes. Ils continuent d'excuser leur père naturel, donc ne sauraient excuser le père adoptif. C'est pour la même raison que les *nepotes ex filia*, excusant leur père ou leur grand-père paternel, n'excusent pas leur grand-père maternel.

dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant (1); ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt; defuncti non prosunt (2). Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est an prosint. Et constat eos solos prodesse qui in acie amittuntur (3); hi enim, quia pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur (4).

tandis qu'on compte au père naturel les enfants qu'il a donnés en adoption. Pareillement les petits-fils issus d'un fils comptent à la place de leur père; ceux qui sont issus d'une fille ne comptent pas. Mais il n'y a que des enfants vivants qui fournissent une excuse de la tutelle ou de la curatelle. Les enfants morts ne comptent pas. On s'est demandé toutefois si ceux qui sont morts à la guerre ne doivent pas compter. Et il est certain qu'il faut avoir égard à ceux qui ont péri sur le champ de bataille, mais à ceux-là seulement; car, comme ils sont tombés pour la république, leur gloire les fait réputer immortels.

§ 1. — Item divus Marcus in Semestribus (5) rescripsit eum qui res fisci administrat a tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse.

De même le divin Marc-Aurèle, par un rescrit inséré dans ses *Semestres*, a décidé que celui qui administre les biens du fisc peut, tant que dure son administration, s'excuser de la tutelle ou de la curatelle.

§ 2. — Item qui reipublicæ causa

De même ceux qui sont absents

(1) Ces petits-enfants n'excusent leur grand-père qu'après la mort du père; et, en quelque nombre qu'ils soient, ils ne comptent que pour un seul enfant.

(2) Je pense que les enfants issus *ex concubinatu* excusent leur père aussi bien que des *liberi naturales*. C'est ce qui ressort des *Fragmenta Vaticana* (§ 194). Le paragraphe 168 des mêmes fragments n'est pas contraire à cette doctrine. Il se borne à relever l'inexactitude d'un rescrit qui attachait l'excuse au fait d'avoir trois *liberi justi*. Il veut dire que l'on appelle *justi* les seuls enfants conçus *ex justis nuptiis*, mais que tous autres enfants conçus conformément aux lois, c'est-à-dire justement les enfants issus *ex concubinatu*, seront pris ici en considération.

(3) Ulpien, plus large, comptait tous les enfants morts *tempore belli* (*Fr. Vat.*, § 199). D'où il faut conclure à l'altération d'un texte qui lui fait dire tout le contraire (L. 18, *De excus.*).

(4) L'excuse développée dans ce paragraphe n'appartient point au père appelé à la tutelle de ses propres enfants (L. 36 § 1, *De excus.*).

(5) On appelle *Semestres* un recueil de constitutions rendues par Marc-Aurèle Ce recueil, plusieurs fois cité au Digeste (L. 46, *De pact.*, II, 14. — L. 10, *De serv. export.*, XVII, 7. — L. 12, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2), doit peut-être son nom à ce que Marc-Aurèle faisait préparer ses décisions par un conseil réuni tous les six mois ou nommé pour six mois. En cela il aurait imité un usage suivi par Auguste (Suétone, *Oct. Aug.*, 35).

absunt a tutela vel cura excusantur. Sed et si fuerint tutores vel curatores, deinde reipublicæ causa abesse cœperint, a tutela vel cura excusantur, quatenus reipublicæ causa absunt, et interea curator (1) loco eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ : nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto Responsorum rescripsit (2); nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

dans un intérêt public s'excusent de la tutelle ou de la curatelle. Mais quand même leur absence n'aurait commencé qu'après leur entrée en fonction, ils s'excusent aussi longtemps qu'ils restent absents pour la république, et, en attendant, on met à leur place un curateur. Que s'ils reviennent, ils reprennent la charge de la tutelle; car, ainsi que l'écrit Papinien au livre cinq de ses *Réponses*, on ne leur donne pas l'année de grâce qu'on accorde à ceux qui sont appelés à de nouvelles tutelles.

§ 3. — Et qui potestatem habent aliquam se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit; sed cæptam tutelam deserere non possunt (3).

Ceux qui sont investis de quelque fonction publique peuvent s'excuser, ainsi le porte un rescrit de Marc-Aurèle; mais ils ne peuvent pas abandonner la tutelle dont ils sont déjà chargés.

§ 4. — Item propter litem quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare se nemo potest, nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit (4).

De même un procès entre le pupille et le tuteur, ou entre l'adulte et le curateur, ne fournit une excuse à personne, à moins que le litige ne porte sur tous les biens ou sur une hérédité.

§ 5. — Item tria onera tutelæ non

De même trois tutelles ou cura-

(1) D'après le Digeste (L. 9 pr., *De tut. et rat.*, XXVII, 3), c'est un autre tuteur qui remplaçait ici le tuteur excusé. La décision des Institutes est plus conforme au principe général posé plus loin au titre *De curatoribus* (Inst., § 5, I, 23).

(2) L'impropriété de ce mot est évidente : les jurisconsultes donnaient des *responsa*, mais ne rendaient pas de rescrits. Il est probable que Papinien avait formulé sa décision par lettre adressée en réponse à un consultant. Alors l'emploi du mot peut dans une certaine mesure se justifier par des exemples (L. 7, *De magist. conv.*, XXVII, 8).

(3) Il n'y a pas à distinguer entre les fonctions publiques exercées à Rome et les fonctions municipales, telles que le décurionat (*Fr. Vat.*, § 142. — L. 6 § 16, *De excus.*). La même exemption est accordée aux *comites* ou assesseurs des magistrats (L. 12 § 1, *De vacat. et excus. mun.*, L, 5), ainsi qu'aux membres de certaines corporations, à moins qu'il ne s'agisse pour ces derniers de la tutelle des enfants d'un confrère (L. 17 § 2; L. 41 § 3, *De excus.*). Mais les simples dignités, telles que celle de sénateur, ne procurent aucune excuse (L. 15 § 2, *De excus.*).

(4) Il en est de même d'un procès *de plurima parte bonorum* (L. 21 pr., *De excusat.*).

affectatæ vel curæ præstant vacationem, quamdiu administrantur : ut tamen plurimum pupillorum tutela, vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur (1).

telles qu'on n'a pas recherchées fournissent, tant qu'on les administre, une excuse : de telle sorte toutefois que la tutelle de plusieurs pupilles ou la curatelle des mêmes biens, si par exemple il s'agit de frères, ne compte que pour une seule.

§ 6. — Sed et propter paupertatem excusationem tribui tam divi fratres (2) quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

Mais la pauvreté fournit aussi une excuse, lorsqu'une personne peut prouver que le fardeau dépasse ses forces. Telle est la décision rendue soit par les divins frères, soit par Marc-Aurèle seul.

§ 7. — Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.

De même on s'excuse encore à raison de la mauvaise santé, lorsqu'on ne peut pas même veiller à ses propres affaires.

§ 8. — Similiter qui litteras nesciret, excusandum esse divus Pius rescripsit; quamvis et imperiti litterarum possunt ad administrationem negotiorum sufficere (3).

Semblablement un rescrit du divin Antonin le Pieux a décidé que celui qui ne sait pas lire doit être excusé; quoique ceux même qui ne savent pas lire puissent être compétents pour administrer.

§ 9. — Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorum pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem : sicut per contrarium non excusantur qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserunt.

De même si c'est l'inimitié qui a déterminé le père à nommer le tuteur testamentaire, celui-ci trouve là une excuse : mais à l'inverse, on n'excuse pas ceux qui ont promis au père du pupille qu'ils administreraient la tutelle.

§ 10. — Non esse admittendam excusationem, ejus qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.

On ne doit pas admettre l'excuse fondée seulement sur ce que le tuteur était inconnu du père du pupille; c'est ce que décide un rescrit des divins frères.

§ 11. — Inimicitiæ quas quis cum

Une inimitié capitale, non sui-

(1) Une seule tutelle peut procurer l'excuse, si elle est très-compliquée, par exemple à cause de la dissémination des biens (L. 31 § 4, *De excus.*).

(2) Cette expression désigne toujours Marc-Aurèle et son frère Lucius Vérus.

admise (3) L'excuse ne serait pas ~~amiise~~, si le tuteur était néanmoins un homme d'affaires entendu (L. 6 § 19, *De excus.*).

patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura solent excusare.

vie de réconciliation, avec le père des pupilles ou des adultes, excuse le tuteur ou le curateur.

§ 12. — Item qui status controversiam a pupillorum patre passus est, excusatur a tutela.

De même celui dont l'état a été contesté par le père du pupille s'excuse de la tutelle.

§ 13. — Item major septuaginta annis a tutela vel cura excusare se potest. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur. A nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare, adeo ut nec excusatione opus fiat. Qua constitutione cavetur ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus, quum erat incivile, eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

De même le septuagénaire peut s'excuser de la tutelle ou de la curatelle. Quant aux mineurs de vingt-cinq ans, autrefois on les excusait. Mais une constitution rendue par nous leur défend d'aspirer à la tutelle ou à la curatelle, de sorte qu'ils n'ont plus même besoin de s'excuser. Cette constitution décide que ni le pupille ni l'adulte ne seront appelés à la tutelle légitime; car il était peu logique que des personnes qui ont besoin du secours d'autrui pour leurs propres affaires et qui sont régies par des tiers fussent elles-mêmes chargées de la tutelle ou de la curatelle d'un autre.

§ 14. — Idem et in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.

La même règle doit être observée à l'égard des militaires; ils ne peuvent pas être admis à la tutelle, quand même ils le voudraient.

§ 15. — Item Romæ grammatici, rhetores et medici, et qui in patria sua id exercent, et intra numerum sunt (1), a tutela vel cura habent vacationem.

De même à Rome, les grammairiens, les rhéteurs et les médecins, ainsi que ceux qui exercent ces professions dans leur propre patrie, pourvu qu'ils soient compris dans le nombre réglementaire, sont exempts de la tutelle ou de la curatelle.

(1) D'après une constitution d'Antonin le Pieux, chaque ville pouvait avoir, selon son importance, un nombre plus ou moins grand de grammairiens, de sophistes, de rhéteurs et de médecins exemptés des charges publiques (L. 6 §§ 2 et 3, *De exc.*, XXVII, 1). Ce sont les décurions qui les choisissaient (L. 5, C., *De prof.*, X, 52). Mais de ce qu'on limitait ainsi le nombre des privilégiés, il ne faut pas conclure qu'on limitât le nombre même des personnes admises à l'exercice de ces pro-

§ 16. — Qui autem vult se excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant; sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, cujuscunque generis sunt, id est qualitercunque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco ubi tutores dati sunt; si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum. Quod tamen, ut Scævola dicebat, sic debet computari ne minus sint, quam quinquaginta dies.

Si celui qui veut s'excuser et qui a plusieurs causes d'excuses ne réussit pas à les prouver toutes, rien ne l'empêche de faire valoir les autres dans le délai qui lui est accordé. Ceux qui veulent s'excuser ne procèdent pas par voie d'appel; mais ils doivent proposer leur excuse dans un délai de cinquante jours continus à compter de celui où ils ont connu leur qualité, et cela à quelque classe de tuteurs qu'ils appartiennent, c'est-à-dire de quelque manière que la tutelle leur ait été déférée, pourvu qu'ils résident dans un rayon de cent milles de l'endroit où ils ont été appelés à la tutelle. Que s'ils habitent au delà de cette distance, ils auront un jour à raison de vingt milles, plus trente jours. Règle qui pourtant, comme le disait Scévola, doit s'entendre de telle façon qu'ils n'aient jamais moins de cinquante jours.

§ 20. — Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruit, non est liberatus onere tutelæ.

Que si quelqu'un n'a fait recevoir une excuse que par des allégations mensongères, il n'est pas déchargé du fardeau de la tutelle.

137. La tutelle, malgré son caractère de charge publique, qui la rend en principe obligatoire pour tout le monde, comporte des incapacités, des causes d'exclusion et des excuses, trois choses que leur apparente ressemblance ne doit pas nous faire confondre. Les incapacités sont déduites soit d'une considération générale d'ordre

fessions. Si Théophile (*hic*) paraît dire le contraire, c'est sans doute parce qu'il a spécialement en vue l'enseignement officiel organisé sous le Bas-Empire. Là en effet le personnel était nécessairement limité. Du reste, l'excuse prévue au texte était donnée à tous les professeurs de droit qui enseignaient à Rome, mais à ceux-là seuls (L. 6 § 12, *De excus.* — *Fr. Vat.*, § 150). Quant aux philosophes, on la leur accordait partout, à cause de leur rareté; mais attendu le mépris qu'on leur supposait pour les richesses, on ne les exemptait pas des *munera patrimonii* (L. 6 § 7, *De excus.* — L. 8 § 4, *De vacat. et excus.*, L, 5).

public, soit de l'intérêt du pupille; elles atteignent des classes entières de personnes et n'impliquent aucune défiance spéciale à l'endroit des individus. Les causes d'exclusion, au contraire, sont invariablement fondées sur l'intérêt du pupille; elles atteignent un individu capable, mais dont la loi se défie. Enfin les causes d'excuses sont établies en faveur du tuteur, et non du pupille. Il suit de ces notions générales que la personne incapable ou placée dans un cas d'exclusion ne peut pas, quand même elle en aurait la volonté, prendre ou conserver la tutelle, tandis que le tuteur excusable reste absolument libre de ne pas user de la faveur que la loi lui accorde et ne peut pas se la voir opposer.

Dans le droit classique, il y a cinq catégories de personnes incapables: 1° les pérégrins (n° 124); 2° les esclaves, tant qu'ils ne sont pas affranchis (n° 128); 3° les impubères, à moins qu'il ne s'agisse d'une tutelle légitime (Ulp., XI §§ 20 et 22. — Gaius, I, §§ 177 et 179) (1); 4° les sourds et les muets (L. 1 §§ 2 et 3, *De tutel.*) (2), toujours en écartant l'hypothèse d'une tutelle légitime (Ulp., XI § 21. — Gaius, I, § 180) (3); 5° les femmes (L. 1, C., *Quand. mul.*, V, 35). — Justinien généralisa l'incapacité des impubères (L. 13 *sup.* — L. 5, C., *De leg. tut.*, V, 30), et je pense aussi celle des sourds et des muets (L. 10 § 1, *De leg. tut.*), en quoi sans aucun doute il ne fit que consacrer une pratique antérieure et accuser avec plus d'évidence l'abandon du système faux qui avait organisé les tutelles légitimes dans l'intérêt des tuteurs. En sens inverse, l'incapacité des femmes, jadis absolue, reçut des exceptions : la mère naturelle fut autorisée par Justinien, en l'absence de tuteur désigné par le père défunt, à demander la tutelle de ses enfants issus *ex concubinatu* (L. 3, C., *Quand. mul.*,

(1) Les textes cités se réfèrent tous à la tutelle légitime des femmes. Mais d'autres textes prouvent bien que la même règle avait existé pour celle des impubères, (§ 13 *sup.* — L. 5, C., *De leg. tut.*, V, 30). Seulement, elle conduisait ici à ce résultat absurde que deux frères impubères étaient sous la tutelle l'un de l'autre; et c'est pourquoi je conjecture que déjà la jurisprudence classique avait abandonné en fait cette règle à l'égard des impubères.

(2) Il y a des textes qui voient dans la surdité et le mutisme une simple cause d'excuse (*Fr. Vat.*, § 238).

(3) Ici encore les textes cités ne se réfèrent expressément qu'à la tutelle des femmes. Mais cela tient, selon toute probabilité, à ce que la pratique écartait les muets et les sourds de la tutelle légitime des impubères. Cette conjecture si naturelle s'appuie sur un texte d'Hermogénien (L. 10 § 1, *De leg. tut.*). Du reste aux muets et aux sourds l'on devait assimiler les fous, ceux du moins qui n'avaient pas d'intervalles lucides.

V, 35) (1). Plus tard, par la novelle 118 (cap. 5), le même prince admit la mère et la grand'mère légitimes, toujours en l'absence de tuteurs testamentaires et en leur supposant la qualité d'héritières présomptives, à solliciter la tutelle de leurs enfants et petits-enfants (2). Dans tous les cas la mère naturelle ou légitime et la grand'mère devaient s'engager *apud acta* à ne pas se marier ou se remarier, et à ne point recourir à la protection du sénatus-consulte Velléien. Sous la réserve de ces exceptions, la tutelle resta inaccessible aux femmes; et, même dans ces cas exceptionnels, elle ne fut pour elles que facultative, et non pas obligatoire.

De nouvelles incapacités furent ajoutées par Justinien aux précédentes; elles atteignent 1° les mineurs de vingt-cinq ans, simplement excusables autrefois (Inst., I, § 13, *De excus.*, 25 — L. 5, C., *De leg. tut.*, V, 30); 2° les militaires également excusables autrefois (§ 14, *De excus.* — L. 23 § 1, *De excus.*, XXVII, 1); 3° les évêques et les moines (Nov. 123, cap. 5).

Quant aux causes d'exclusion, elles se confondent avec les causes de destitution, c'est-à-dire avec celles du *crimen suspecti* (n° 160). Toute la différence est qu'ici on les oppose au tuteur, non pour faire cesser sa gestion déjà commencée, mais pour empêcher qu'il ne gère (3).

(1) Cette décision et celle que je rapporte dans la note suivante expliquent un texte attribué à Gaius où on lit: *Tutela plerumque virile officium est* (L. 16 pr., *De tut.*). Certainement le mot *plerumque* n'appartient pas à Gaius.

(2) La novelle 118 étend à la grand'mère une décision déjà rendue par les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius à l'égard de la mère légitime (L. 2, C., *Quand. mul.*, V, 35). Ces princes n'avaient pas exigé que la mère renonçât à la protection du sénatus-consulte Velléien. Mais à coup sûr ils admettaient qu'elle y renonçait tacitement, s'il y avait lieu, en demandant la tutelle. Au surplus, dès l'époque classique, le prince accordait quelquefois à une mère la tutelle de ses enfants (L. 18, *De tutel.*, XXVI, 1). Ne faut-il pas conclure des décisions de Justinien que la mère ou la grand'mère peuvent être appelées par le père à la tutelle testamentaire?

(3) Dans l'ancien droit on avait controversé la question de savoir s'il y avait lieu au *crimen suspecti* contre le tuteur que l'on voulait faire exclure, aussi bien que contre le tuteur en fonction que l'on voudrait faire destituer. Ulpien avait professé l'opinion négative (L. 3 § 5; L. 4 § 4, *De susp. tut.*, XXVI, 10). Mais Justinien, consacrant, dit-il, l'opinion plus sévère de Julien, admet la possibilité du *suspecti crimen* (Inst., § 5, *De susp. tut.*, I, 26). Cette doctrine est fort raisonnable pour le cas où le tuteur déjà investi de son titre s'obstine à ne pas gérer. Car ici il commet comme tuteur un dol ou une faute bien voisine du dol (LL. 3 et 5, C., *De susp. tut.*, V, 43). Quant à celui auquel on ne peut reprocher que de graves négligences ou des fraudes commises dans une administration antérieure, le *crimen suspecti* cesse d'être justifiable. Ulpien avait rejeté cette voie de poursuite pour l'une et l'autre hypothèse; c'est aussi, je pense, pour l'une et l'autre que Justinien l'admet.

Aux personnes exclues par le droit ancien, Justinien ajouta les débiteurs et les créanciers du pupille (Nov. 72, cap. 1 et 2), ne voulant pas que ce dernier risquât de trouver dans son protecteur un ennemi (1).

138. La matière des excuses, fort importante autrefois pour les praticiens de Rome, n'offre plus à l'historien du droit qu'un intérêt médiocre. Je me bornerai donc à un exposé très-sommaire de quelques notions générales.

Pour qu'il soit question d'excuses, il faut toujours supposer une personne réellement appelée à la tutelle. Donc un incapable a-t-il été désigné par le père de famille ou par le magistrat, ou la nomination est-elle nulle pour toute autre cause : le tuteur n'a qu'à s'abstenir de gérer; il pourra, à toute époque et en toute occasion, se prévaloir de cette nullité (L. 13 § 12, *De excus.*), comme aussi elle peut toujours être proposée contre lui.

Les excuses, étant attachées à des faits légalement déterminés, appartiennent, en principe, à toute personne qui peut justifier de l'un de ces faits. Néanmoins, l'affranchi ne s'excuse jamais de la tutelle des enfants du patron ou de la patronne, à moins que l'affranchissement n'ait été fait en exécution d'une obligation, par exemple à la suite d'un fidéicommis (L. 24, *De excus.*, XXVII, 1. — L. 5, C., *De excus.*, V, 62). Pareillement, celui qui aurait promis au père du pupille d'accepter la tutelle n'est pas admis à s'excuser (§ 9 *sup.* — L. 15 § 1, *De excus.*).

Les excuses doivent être proposées dans les cinquante jours à compter de celui où le tuteur a connu sa vocation (2). Que s'il réside au delà de quatre cents milles de l'endroit où s'ouvre la tutelle, on augmente ce délai d'un jour par chaque distance de vingt milles excédant les quatre cents (§ 16 *sup.* — L. 6, C., *De excus.*) (3). Passé ce délai, qui se compose de jours continus, le tuteur est déchu. Il encourrait la même déchéance si avant l'expiration du délai il avait fait des actes d'administration (*Fr. Vat.*, § 154).

Celui qui a plusieurs excuses n'est tenu de les proposer ni conjoin-

(1) Mais la survenance de l'une de ces qualités durant la tutelle donne lieu non pas à la destitution du tuteur, mais à la nomination d'un cotuteur (Nov. 72, cap. 2).

(2) Mais il suffit que la décision du magistrat intervienne dans les quatre mois (L. 38, *De excus.*).

(3) Je donne le sens de la règle. Les Institutes, copiant, paraît-il, une constitution de Marc-Aurèle, la posent dans une forme beaucoup moins simple (§ 6 *sup.* — L. 13 § 2, *De excus.*).

tement ni dans un certain ordre. Il peut donc, ayant succombé sur l'une, en proposer une ou plusieurs autres (§ 16 *sup.*). Cependant il y a une exception à faire pour une excuse d'une nature toute particulière, pour le *jus nominandi potioris* (1). Ce droit, disparu sous Justinien, et qui, bien que mentionné dans les sentences de Paul (II, 28), n'est devenu intelligible pour nous que par la découverte des *Fragmenta Vaticana*, consiste à désigner (*nominare*) une personne préférable (*potior*) à raison de sa parenté ou d'une parenté plus proche avec le pupille. Il faut du reste que la personne désignée présente la double garantie de la solvabilité et de la fidélité. Le *jus nominandi potioris* n'appartient qu'au tuteur Atilien ou Julio-Titien, et encore en supposant qu'il ne soit pas parent ou allié du pupille au sixième degré au moins ou même au degré de *sobrinus* (enfant d'un petit-cousin). Le tuteur qui use de ce droit reconnaît implicitement qu'il n'a pas d'autres excuses à faire valoir; il est donc réputé renoncer à celles qu'il peut avoir. Mais, en sens inverse, le tuteur qui propose une autre excuse n'est pas déchu de la faculté de nommer un *potior* (*Fr. Vat.*, §§ 157 à 159, 206 et 207, 214 à 219).

Il est remarquable que la nomination du tuteur par le magistrat n'est pas assimilée à un jugement. Aussi, même dans l'hypothèse d'une *nominatio potioris*, l'excuse n'est pas proposée par voie d'appel au magistrat supérieur (2). Elle est soumise, de quelque tutelle qu'il s'agisse, au magistrat qui a fait la nomination ou qui eût été compétent pour la faire (L. 1 § 1, *Quand. appell.*, XLIX, 4). Mais la décision qui intervient sur l'excuse constitue un véritable jugement susceptible d'appel (3). Une fois définitive, aura-t-elle donc absolument l'autorité de la chose jugée? Oui, si à tort ou à raison l'excuse a été rejetée (L. 3, C., *De excus.*). Non, si elle a été admise par la fraude du tuteur (§ 20 *sup.*) (4). En ce cas, par exception aux règles ordinaires (L. 33, *De re jud.*, XLII, 1), la décision est nulle de plein droit, sans qu'il y ait

(1) Le *jus nominandi potioris* constitue bien une excuse, et ainsi le présente le paragraphe 157 des *Fragmenta Vaticana*. Si d'autres textes (*Fr. Vat.*, § 207) paraissent l'opposer aux excuses, cela tient uniquement à ce qu'il fait exception à la règle constatée aux Institutes (§ 16 *sup.*, 1re phrase).

(2) Tout au contraire, celui qui veut s'excuser d'une autre charge ou d'un honneur procède par appel (L. 1 § 2, *Quand. appell.*).

(3) Si le tuteur use de son droit d'appel, il y a lieu provisoirement à la nomination d'un curateur (L. 17 § 1, *De appell.*, XLIX, 1).

(4) Cette décision contraste avec celle que l'on donne au sujet des *justæ causæ manumissionis* (Inst., § 6, *Qui quib. ex caus.*, I, 6).

nécessité de la faire rescinder par voie d'*in integrum restitutio*. Que si l'excuse a été valablement admise, le tuteur est déchargé; mais s'il a été nommé par testament, il perd les legs que le testateur lui avait faits soit directement, soit par l'intermédiaire de son fils *in potestate* (L. 28 pr., *De test. tut.* — LL. 32 à 34, *De excus.*).

139. Reste à classer les excuses. On peut le faire à quatre points de vue différents :

1° Les unes comportent une appréciation du magistrat, les autres n'en comportent pas. Les premières sont attachées à un fait susceptible de plus et de moins, tel que la maladie ou la pauvreté (§§ 6 et 7 *sup.*). Les secondes résultent d'un fait qui existe absolument ou n'existe pas du tout. Telles sont les excuses qui tiennent au nombre des enfants ou à la qualité de fonctionnaire (pr. et § 3 *sup.*).

2° Il y a des excuses *a suscipienda tantum tutela* et des excuses *tam a suscepta quam a suscipienda tutela*. Les premières déchargent le tuteur qui n'a pas encore géré, non celui qui serait déjà en exercice; telle est celle qui dérive de la qualité de fonctionnaire (§ 3 *sup.*). Les secondes, et ce sont les plus nombreuses, permettent même au tuteur qui a déjà géré de se faire exempter.

3° Il y a des excuses perpétuelles et des excuses simplement temporaires. Les excuses perpétuelles donnent lieu à la nomination d'un autre tuteur. Les excuses temporaires entraînent seulement la nomination d'un curateur (Inst., § 5, *De cur.*, I, 23. — LL. 15 et 16, *De tut. et cur.*, XXVI, 5) (1). L'excuse temporaire constitue l'exception; à titre d'exemple, on peut citer celle qui résulte de l'absence *reipublicæ causa* (§ 2 *sup.*).

4° Si l'on recherche quel est le fondement rationnel des excuses, on peut les ramener à deux classes. Il y en a d'abord qui s'analysent en une pure faveur pour le tuteur. Ce sont celles que prévoient le *principium* et les §§ 1, 2, 3 et 15 du titre *De excusationibus* (*sup.*)(2). Il

(1) Il faut ajouter que pour les actes qui exigent l'*auctoritas*, un tuteur spécial doit être nommé.

(2) Aux excuses de cette première espèce il faut en ajouter trois sur lesquelles les Institutes sont muettes : 1° les vétérans peuvent s'excuser de toute tutelle, excepté de celle des enfants de militaires ou de vétérans (L. 8 pr., *De excus.*); 2° les ingénus s'excusent de la tutelle de tout affranchi qui n'est pas le leur (L. 44 pr., *De excus.*); 3° enfin les étudiants de Rome sont toujours excusables (*Fr. Vat.* § 204). — Quand je dis que les excuses de cette nature sont pure faveur pour le tuteur, je ne veux pas exprimer qu'elles soient arbitraires, mais que l'intérêt du pupille y est complétement étranger.

y en a d'autres qui, tout en restant faveur pour le tuteur, sont avant tout déterminées par l'intérêt même du pupille. Telles sont celles qu'on trouve aux §§ 4, 9, 11 et 12: ici l'on pourrait craindre que le tuteur ne puisât dans son intérêt personnel ou dans la passion des inspirations malveillantes à l'égard de celui qu'il est chargé de protéger. Telles sont encore les excuses prévues aux §§ 5, 6, 7, 8 et 11 (1). Ce que l'on redoute dans ces dernières hypothèses, c'est la surcharge ou l'impuissance matérielle du tuteur.

VIII. — FONCTIONS DU TUTEUR; DE SES OBLIGATIONS ET DE SES POUVOIRS (2).

Lib. I, tit. XXI, *De auctoritate tutorum*, § 2. — Tutor autem statim, in ipso negotio præsens, debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit (L. 9 § 5, *De auct.*, XXVI, 8).

Mais c'est au moment même de l'acte, et y étant présent, que le tuteur doit donner son *auctoritas* (3), si toutefois il juge utile d'autoriser le pupille. Donnée après coup ou par lettre, l'*auctoritas* est sans effet.

§ 3. — Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor, ut olim, constituitur, sed curator in ejus locum datur, quo interveniente judicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit.

S'il y a un procès entre le tuteur et le pupille, comme le tuteur ne peut pas donner son *auctoritas* dans une affaire qui l'intéresse lui-même, on constitue, non plus comme autrefois, un tuteur prétorien, mais un curateur, par les soins duquel le procès est dirigé et qui cesse d'être curateur une fois le procès terminé.

(1) L'éloignement des biens fournit une autre excuse qui rentre dans la même classe. Il faut supposer le tuteur domicilié en Italie et les biens du pupille situés dans une province, ou réciproquement. La même excuse est admise, si les biens sont situés à plus de cent milles du domicile du tuteur (LL. 19 et 21 § 3, *De excus.*). Par cette excuse on aboutit à déroger à la règle d'après laquelle le tuteur est donné pour l'ensemble du patrimoine. De là le § 17 de notre titre qui tout d'abord paraît assez singulièrement placé. De là aussi les exceptions déjà signalées à cette règle (p. 291, note 1).

(2) Cette matière est à peine effleurée aux Institutes. Le titre *De auctoritate tutorum* (I, 21), où l'on s'attendrait à la trouver traitée, est d'abord fort incomplet; puis il amalgame, au grand détriment de la clarté, deux choses tout à fait distinctes, quoique connexes, savoir les règles relatives à l'*auctoritas* du tuteur et celles sur la capacité personnelle du pupille.

(3) On verra plus loin pourquoi je ne traduis pas le mot *auctoritas* (page 344, note 1).

Lib. I, tit. XXIV, *De satisdatione tutorum vel curatorum*, pr. — Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum qui quæve in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusve consumantur vel deminuantur, curat prætor ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum : nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

Cependant, de peur que les tuteurs ou curateurs n'épuisent ou ne diminuent les biens des pupilles de l'un ou de l'autre sexe ou des personnes qui sont en curatelle, le préteur exige qu'ils donnent caution à cet égard. Mais cette règle n'est pas absolue : en effet, les tuteurs testamentaires ne sont pas obligés de fournir caution, parce que le testateur a vérifié leur bonne foi et leur diligence; de même les tuteurs ou curateurs donnés sur enquête ne sont pas non plus grevés de cette charge, car ils ont été choisis solvables.

§ 1. — Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori vel concuratori præferri, ut solus administret, vel ut contutor satis offerens præponatur ei, et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo; sed offerre debet ut electionem det contutori vel concuratori suo, utrum velit satis accipere an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore quis gerat, ille gerere debet; quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos qui gerere debent, prætor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut major pars eligere pos-

Mais si par testament ou après enquête deux ou plusieurs tuteurs ont été donnés, l'un d'eux peut offrir caution pour garantir les intérêts du pupille ou de l'adulte, et de cette façon administrer seul par préférence à son cotuteur ou cocurateur, à moins que celui-ci, offrant caution à son tour, ne se rende préférable et n'administre seul. Donc aucun d'eux ne peut directement imposer à son cotuteur ou à son cocurateur de fournir caution; mais il doit l'offrir lui-même, afin de mettre le cotuteur ou le cocurateur dans l'alternative de recevoir ou de donner caution. Que si aucun d'eux n'offre caution, et que le testateur ait désigné celui qui doit gérer, c'est celui-là qui gère; à défaut de cette désignation, la majorité choisit celui qui doit gérer, ainsi que le veut l'Édit du préteur. Mais si les tuteurs ne s'entendent pas entre eux sur le choix de celui ou de ceux qui géreront, le préteur

sit, per quem administratio fieret.

doit intervenir. De même, quand il s'agit de plusieurs tuteurs donnés sur enquête, on doit décider aussi que le choix de celui qui gérera appartient à la majorité.

§ 3. — Quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coerceantur.

Ces constitutions expriment également que, si les tuteurs ou curateurs refusent de donner caution, on les y contraindra par une prise de gage.

Lib. I, tit, XXVI, *De suspectis tutoribus vel curatoribus*, § 9. — Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divorum Severi et Antonini (1) ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur, et quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore, distrahi jubentur.

Si un tuteur ne se présente pas pour faire fixer des aliments au pupille, un rescrit des divins Sévère et Antonin veut que le pupille soit envoyé en possession des biens du tuteur; et on nomme un curateur pour vendre ceux que le temps risquerait de détériorer.

§ 10. — Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta non (2) posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad præfectum urbi puniendum placuit : sicut ille remittitur qui data pecunia ministeriis tutelam redemit (3).

Mais si le tuteur prétend mensongèrement que le pupille est trop pauvre pour qu'il soit possible de lui allouer des aliments, on décide qu'il doit être renvoyé devant le préfet de la ville chargé de le punir; comme cela se fait à l'égard de celui qui a acheté la tutelle en corrompant les employés du magistrat.

140. Il importe, avant tout, de savoir que le pupille romain n'emprunte pas, comme le pupille français, le domicile de son tuteur, qu'il n'est placé ni sous sa garde matérielle ni sous sa direction mo-

(1) Antoninus désigne ici Caracalla, et tel sera le sens de ce nom toutes les fois qu'on le rencontrera joint à celui de Sévère.

(2) Justinien oublie ici que deux négations se détruisent. Cet hellénisme atteste qu'il n'a pas copié ce paragraphe chez un jurisconsulte.

(3) Comment comprendre qu'une personne achète la tutelle? Sans doute, le magistrat procédant à l'enquête fait recueillir les renseignements dont il a besoin par ses subordonnés, et l'on peut supposer que, gagnés à prix d'argent, ils fournissent des renseignements trompeurs sur la personne qui convoite la tutelle et qui les paye (L. 3 § 15, *De susp. tut.*, XXVI, 10).

rale (1). C'est le préteur ou le président de la province qui sur la demande, soit du tuteur lui-même, soit des parents, alliés ou amis, et en leur présence, désigne la personne chargée de veiller à sa garde, à son entretien et à son éducation. D'ordinaire, il choisit un parent ou un allié, celui qui lui paraît présenter les plus sérieuses garanties d'intelligence et de moralité, et le rôle du tuteur se borne ici à verser périodiquement entre les mains de la personne ainsi choisie les sommes nécessaires à la dépense ordinaire du pupille. Au surplus, et sauf quelques cas laissés à l'appréciation discrétionnaire du magistrat, l'acceptation de cette mission délicate n'est pas obligatoire; mais si le magistrat n'a fait que confirmer un choix exprimé dans le testament du père du pupille, le refus entraîne déchéance de toutes les libéralités laissées en dédommagement ou sous la condition de cette charge (LL. 4 et 5, *Ubi pup. educ.*, XXVII, 2).

Les obligations et les pouvoirs du tuteur n'ont donc trait, ou peu s'en faut (2), qu'au patrimoine. Étudions d'abord ses obligations; car ce sont elles qui engendrent ses pouvoirs et qui en déterminent la limite, ainsi que l'exprime très-exactement une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (L. 20, C., *De neg. gest.*, II, 19).

Les obligations du tuteur peuvent se résumer en une seule obligation générale dont toutes les autres ne sont que des garanties ou des corollaires : il doit conserver intact, et, si c'est possible, augmenter le patrimoine du pupille. Cette obligation pèse sur lui, s'il ne propose pas d'excuse, du jour même où il connaît sa qualité; sinon, du jour de l'excuse définitivement rejetée (L. 1 § 1, *De adm. et peric.*, XXVI, 7. — L. 17 § 1, *De appell.*, XLIX, 1) (3). Et elle trouve sa sanction dans le compte qu'il doit rendre, une fois dessaisi (n° 161).

141. Comme garantie de cette obligation générale, trois obligations particulières s'imposent au tuteur avant son entrée en gestion :

(1) Cette proposition n'est pas contraire à la règle *Personæ tutor datur* dont on verra plus loin le sens (n° 144). Paul (L. 12 § 3, *De adm. et per.*) ne la contredit pas non plus, quand il exprime que le tuteur *moribus pupilli præponitur*. Car la seule conclusion qu'il tire de là, c'est que le tuteur ne doit pas, par un étroit esprit d'économie, empêcher le pupille de recevoir une éducation conforme à sa fortune et à sa naissance.

(2) Ce correctif est nécessaire, parce que le tuteur intervient dans l'adrogation de son pupille (nos 112 et 146 *in fine*). Il est vrai que cette adrogation touche au plus haut degré aux intérêts pécuniaires de l'enfant.

(3) Un texte (L. 39 § 6, *De adm. et peric.*) met à la charge du tuteur les risques résultant du défaut de gestion pendant l'instance qui s'engage en appel sur l'excuse rejetée. Mais cela ne doit s'entendre que du cas où il n'a pas fait nommer de curateur (page 330, note 3).

A. 1° S'il est créancier ou débiteur du pupille, il doit, dans la législation de Justinien, le déclarer devant le magistrat. Car on sait que désormais l'une ou l'autre de ces qualités l'exclut (n° 137). Par son silence, il encourt, s'il est créancier, la perte de sa créance; s'il est débiteur, une peine (Nov. 72, cap. 3 et 4).

2° Il doit constater la fortune du pupille par un inventaire (*repertorium* ou *inventarium*) fait en présence de *personæ publicæ* (L. 24, C., *De adm. tut.*, V, 37) (1). L'omission de cet acte, destiné à servir de base au compte de tutelle, entraîne pour le tuteur le risque d'une condamnation supérieure aux valeurs par lui reçues, le montant de ces valeurs devant être déterminé un peu au hasard, soit par le juge, si l'omission a été le résultat d'une simple négligence, soit avec serment par le pupille lui-même, s'il y a eu dol (L. 7 pr., *De adm. et peric.* — L. 5 § 2, *De in lit. jur.*, XII, 3). Au surplus, l'obligation de faire inventaire se représente chaque fois que le pupille recueille une succession; cependant Justinien, par une disposition qu'il est difficile de concilier avec la nécessité absolue de rendre compte (L. 5 § 7, *De adm. et peric.*), valide la clause par laquelle un testateur dispenserait expressément le tuteur de faire inventaire (L. 13 § 1, C., *Arbit. tut.*, V, 51).

3° Le tuteur doit promettre personnellement *rem pupilli salvam fore* (2), et fournir un ou plusieurs fidéjusseurs qui garantissent l'exécution de cette promesse. De cette façon, son insolvabilité n'atteindra pas le pupille (pr. *sup.*, *De satisd. tut.*). Cette obligation, qui paraît avoir été créée par le préteur, est probablement contemporaine de la disparition de la loi *Atilia* (§ 3, *De Atil. tut.*). Toutefois on n'y soumet ni les tuteurs testamentaires (3) ni les tuteurs nommés sur enquête. A l'égard des premiers, on estime que le choix du testateur, éclairé par l'affection paternelle, et déterminé sans doute par une connaissance personnelle du sujet, constitue une garantie morale supérieure à la garantie toute matérielle d'un cautionnement. Pour les seconds, on a vu que l'enquête fut précisément établie comme équivalent de cette sûreté (n° 136). Tous autres tuteurs demeurent, en principe, tenus de fournir caution; mais le magistrat supérieur peut,

(1) Ces personnes publiques sont probablement les *tabularii*, ou bien les magistrats principaux.

(2) Cette promesse n'est pas absolument nécessaire, puisqu'un fidéjusseur peut accéder à toute espèce d'obligations. Elle le fut à l'époque où l'on ne connaissait d'autres cautions que les *sponsores* (n° 559).

(3) On tient pour tuteurs testamentaires ceux qui, donnés irrégulièrement, doivent être confirmés par le magistrat (L. 2 pr., *De conf. tut.*, XXVI, 3).

après examen, faire remise de cette obligation au patron et aux enfants du patron, probablement aussi au père émancipateur (L. 5 § 1, *De legit. tut.*, XXVI, 4).

C'est toujours aux magistrats municipaux qu'il appartient de veiller à ce que la caution soit fournie et d'examiner si elle présente une solvabilité suffisante (Inst., § 4, *De satisdat.*, I, 24) (1). La résistance du tuteur entraînerait une *pignoris capio*, c'est-à-dire la constitution au profit du pupille d'un droit de gage sur une portion de ses biens (§ 3 *sup.*). Au surplus, tant que le tuteur n'a pas exécuté cette obligation, les actes qu'il fait ne lient pas le pupille (L. 3, C., *De tut. vel cur.*, V, 42).

Une fois présentée par le tuteur et agréée par le magistrat, la caution n'est pas encore engagée. Les principes exigent qu'un contrat de stipulation se forme entre elle et le pupille. Celui-ci donc, s'il est présent et s'il peut parler (2), lui adresse cette question : *Fide tua jubes rem meam salvam fore?* et c'est la réponse affirmative de la caution qui engendre l'obligation. Que si le pupille est absent ou ne parle pas encore, un de ses esclaves stipule à sa place. N'a-t-il point d'esclaves : on lui en achète un dans ce but spécial. Jusqu'à présent la règle *Nemo alteri stipulari potest* est pleinement respectée. Mais comment faire si l'acquisition d'un esclave est impossible, soit à cause de la pauvreté du pupille, soit pour toute autre raison? On se réfugie alors dans l'expédient déjà signalé à propos de l'adrogation des impubères (n° 112) : un *servus publicus* considéré, pour les besoins de la cause, comme l'esclave commun de tous les citoyens, stipule *nominatim* pour le pupille. Et, à défaut de *servus publicus*, le magistrat charge un tiers de stipuler, ou stipule directement lui-même. Mais il est évident que dans ces hypothèses la caution, étant obligée en dehors des véritables règles du droit, ne peut être poursuivie que par voie d'action utile (L. 1 §§ 15 et 16, *De mag. conv.*, XXVII, 8. — LL. 2, 3, 4 pr., et L 6, *Rem. pup. vel adol. salv.*, XLVI, 6). Ces expédients admis, il n'y avait plus qu'un pas à faire pour supprimer la formalité d'une stipulation expresse. Ce pas fut fait. Ulpien décide que les personnes indiquées par le tuteur pour lui servir de caution seront tenues par cela seul que, présentes, elles auront sans protestation

(1) Si le magistrat municipal a négligé d'exiger la *satisdatio*, elle pourra être imposée par le juge; aussi la promesse du fidéjusseur rentre-t-elle parmi les stipulations que les Institutes appellent *communes* (§ 4, *De divis. stip.*, III, 18).

(2) En principe, le pupille qui peut parler et qui n'a pas sept ans est considéré comme absolument incapable (n° 153). Il y a donc ici une dérogation au droit commun.

laissé inscrire leurs noms sur les *acta publica*, et il donne la même décision à l'égard des *affirmatores*, c'est-à-dire des personnes qui ont déclaré le tuteur solvable (L. 4 § 3, *De fidej. et nom.*, XXVII, 7). Ainsi l'on sous-entend une question et une réponse qui n'ont pas été faites. La rigidité des vieux principes cède à la nécessité absolue de protéger le pupille, et l'engagement de la caution résulte désormais de sa simple volonté non douteuse (1).

142. Ces trois obligations remplies, et le tuteur ne saurait trop se hâter de les remplir, il entre en possession des biens du pupille et prend le maniement de ses affaires. A partir de ce moment, son obligation générale de conserver et de développer la fortune du pupille se traduit pratiquement par de nombreuses conséquences dont il est impossible de donner une énumération limitative. Voici toutefois les plus saillantes :

1° Le tuteur doit, dès son entrée en gestion, vendre les choses exposées à dépérir, telles que les maisons, les esclaves urbains, et les choses improductives, comme les objets d'or et d'argent (L. 5 § 9, *De adm. et peric.* — L. 22 pr., C., *De adm. et peric.*, V, 37) (2). Cette obligation, d'une part, comporte en fait toutes les restrictions exigées par les besoins du pupille (3); d'autre part, en droit, elle est absolue en ce qu'elle ne fléchit pas devant une défense exprimée dans le testament du père (L. 5 § 9, *De adm. et peric.*). Constantin, la trouvant exorbitante, et remarquant non sans raison qu'elle pouvait aboutir à léser le pupille, en excepta les maisons et tous les meubles d'un certain prix; non-seulement la vente de ces objets cessa d'être obligatoire, mais par une réaction peut-être exagérée elle devint impossible sans

(1) Par une remarquable exception au droit commun, les fidéjusseurs d'un tuteur ne jouissent pas du bénéfice de division. Papinien, qui constate cette particularité, nous en donne aussi le motif : c'est que le pupille n'a pas contracté avec le tuteur; c'est le hasard qui le lui a donné pour débiteur (*incidit in eum*) : il a donc besoin d'une protection plus énergique que le créancier qui a lui-même choisi son débiteur et agréé les fidéjusseurs que celui-ci lui a offerts (L. 12, *Rem pup. vel adol. salv.*, XLVI, 6).

(2) On voit par là que l'obligation de conserver n'est pas entendue d'une manière étroite. Le tuteur ne peut pas appauvrir le pupille, mais il peut et dans une certaine mesure il doit modifier la composition de son patrimoine. Ce qu'il faut conserver, c'est la valeur des objets reçus plutôt que les objets eux-mêmes considérés comme corps certains.

(3) Ainsi l'on garde des esclaves pour le service de sa personne (L. 13 pr., *De adm. et peric.*). Pareillement on ne vend ni les esclaves ruraux ni les animaux nécessaires à l'exploitation des terres.

un décret du magistrat (L. 22, C., *De adm. tut.*). Au surplus, cette obligation se reproduit évidemment chaque fois que, dans le cours de la tutelle, le pupille recueille une succession.

2° Le tuteur doit recouvrer les créances du pupille, et il répond de l'insolvabilité des débiteurs survenue faute de poursuite après le terme (L. 15, *De adm. et peric.*). Il suit de là que, lui-même étant débiteur du pupille en vertu d'une cause indépendante de la tutelle, et sa dette devenant exigible avant la cessation de ses fonctions, il est réputé payer entre ses propres mains, de telle sorte que désormais il doit, à titre de tuteur, des sommes jusque-là dues à un autre titre. Et de là trois conséquences dont les deux premières n'offrent d'intérêt que dans l'hypothèse de son insolvabilité : 1° la somme due est garantie par privilége (n° 162); 2° elle peut être demandée aux fidéjusseurs du tuteur; 3° si le pupille n'avait qu'une action temporaire, il ne risque plus de perdre son droit par l'expiration du délai fixé, l'action de tutelle étant perpétuelle (L. 9 §§ 1 à 3, *De adm. et peric.*). Mais cette présomption d'un payement fait par le tuteur entre ses propres mains, n'étant établie qu'en faveur du pupille, on l'écarte si elle doit nuire à ce dernier, par exemple si la dette du tuteur est productive d'intérêts supérieurs au taux consacré par l'usage (L. 9 § 4, *De adm. et peric. tut.*).

3° Les sommes d'argent provenant soit de la vente des biens, soit du recouvrement des créances, soit des successions recueillies par le pupille, ne doivent, en principe, ni séjourner entre les mains du tuteur ni rester improductives. Il doit les déposer en un lieu déterminé et en faire emploi. Mais cette double obligation ne commence que lorsqu'elles s'élèvent à un certain chiffre dont la fixation appartient au magistrat. C'est lui aussi qui règle le lieu du dépôt et le mode d'emploi; le dépôt se fait ordinairement dans un temple, et l'emploi consiste ou en acquisitions d'immeubles ruraux ou en placements à intérêts. Quant aux sommes, déposées ou non, que le tuteur a négligé d'employer, la règle générale est qu'il en doit les intérêts au taux déterminé par l'usage des lieux (1). On l'oblige même à payer l'intérêt légal de douze pour cent, lorsqu'il s'agit de sommes qu'il a em-

(1) Cette décision s'explique par la nature de l'action *tutelæ* qui est de bonne foi. Dans les actions de cette nature, le juge se conforme toujours aux usages. Au surplus, si le tuteur est d'une condition humble, il peut être emprisonné faute d'avoir déposé ou employé les deniers du pupille (L. 3 § 16, *De susp. tut.*, XXVI, 10).

ployées à ses propres affaires (1), qu'il a nié avoir à sa disposition ou qu'il n'a pas déposées dans le délai fixé par le magistrat (L. 73, *De proc.*, III, 3. — L. 5 pr.; L. 7 §§ 3, 4, 7, 10, *De adm. et peric.*). Toutefois, comme il lui est impossible de trouver le placement immédiat de toutes les sommes qu'il reçoit, on lui accorde dans ce but un délai qui paraît être de six mois pour les sommes touchées au début de la tutelle, de deux mois pour les autres (2). L'inégalité de ces délais s'explique par ce double motif que les placements à faire au début sont généralement les plus considérables, et surtout que le tuteur n'a pas pu prévoir la charge qui lui incombe, tandis qu'une fois entré en fonctions, il lui est facile de calculer, au moins approximativement, les époques où il touchera de l'argent et d'en chercher d'avance le placement.

4° Le tuteur doit payer les dettes du pupille, lorsqu'elles sont certaines et exigibles; d'où il suit qu'étant lui-même créancier dans de pareilles conditions et en vertu d'une cause étrangère à la tutelle, il peut se payer directement; il est même réputé l'avoir fait, lorsque la dette est onéreuse pour le pupille à raison du chiffre élevé des intérêts (L. 9 § 5, *De adm. et peric.*).

5° Il doit pourvoir à l'entretien et à la conservation matérielle des biens qui n'ont pas été vendus, notamment faire cultiver les immeubles ruraux du pupille ou les donner à bail.

6° Il doit veiller à l'acceptation des successions avantageuses, des legs ou des donations soit entre-vifs, soit *mortis causa* (3).

7° La règle générale qui a été posée conduit encore à décider que la dépense ordinaire du pupille, c'est-à-dire ses frais d'entretien (*alimenta*) et d'éducation (*disciplina*) ne doivent pas excéder ni même, s'il est possible, absorber entièrement ses revenus.

Cependant sa pauvreté, son rang social, ou d'autres motifs peuvent exiger que son capital soit entamé; et, en pareil cas, le tuteur qui appauvrirait le pupille pour le faire vivre ou pour lui procurer plus

(1) Cela seulement jusqu'à la fin de la tutelle (L. 46 § 3, *De adm. et peric. tut.*).

(2) Cette distinction très-raisonnable nous épargne de trouver Paul et Ulpien en contradiction l'un avec l'autre, Paul ne mentionnant que le délai de six mois et Ulpien celui de deux (L. 7 § 11; L. 15, *De adm. et per.*).

(3) Il suit de là que, si le pupille ou son père, dont je le suppose héritier, a reçu une donation sujette à être révoquée par l'inexécution d'une charge ou d'une condition potestative, le tuteur doit, sous sa responsabilité, veiller à l'exécution de la charge ou de la condition (L. 21, C., *De adm. tut.*).

tard le bénéfice d'une éducation distinguée ne manquerait pas à ses devoirs (L. 12 § 3, *De adm. et peric.* — L. 3, C., *eod. tit.*). Dans l'usage, ces dépenses sont déterminées d'une manière au moins approximative par le préteur ou par le président de la province; mais le chiffre, une fois fixé, peut toujours, à raison des variations survenues dans la fortune ou dans les besoins du pupille, être élevé ou abaissé. Cette intervention du magistrat présente un double avantage pour le tuteur : 1° il évite, durant la tutelle, les demandes excessives que pourrait lui adresser la personne chargée de la garde du pupille; 2° la tutelle finie, on lui remboursera sans contestation des dépenses approuvées par le magistrat. Il ne sera pas permis de prétendre qu'elles ont été inutiles ou exagérées.

Au surplus, c'est sur l'initiative soit du tuteur lui-même, soit des parents, alliés ou amis du pupille, et après les avoir entendus, que le magistrat décide. La présence et les explications du tuteur sont particulièrement nécessaires. Et de là deux difficultés prévues aux Institutes : 1° le tuteur déclare que le pupille n'a rien et qu'en conséquence il est impossible de lui allouer pour son entretien une somme quelconque. Si cette déclaration est reconnue mensongère, il est renvoyé au *præfectus urbi* chargé de lui infliger une peine que nous ignorons; il est de plus soumis à l'obligation de payer l'intérêt légal de toutes les sommes qu'il a voulu dissimuler (§ 10 *sup.*, *De susp. tut.* — L. 7 § 8 *De adm. et peric.*); 2° le tuteur ne se présente même pas. Ici l'on distingue : si son absence est frauduleuse, on l'assimile à un débiteur qui se cache pour échapper aux poursuites, et cela entraîne comme conséquence l'envoi en possession de ses biens au profit du pupille, et la nomination d'un curateur chargé de vendre ceux qui risqueraient de dépérir (§ 9 *sup.*, *De susp. tut.*). Son absence est-elle exempte de fraude: si elle est imputable à une négligence, on lui adjoint un curateur général; si elle se justifie par une nécessité, si de plus le tuteur est solvable et qu'on espère son retour, on se contente de nommer un curateur spécial chargé de fournir à la dépense du pupille (L. 6, *Ubi pup. educ.*, XXVII, 2. — *Sur toute la matière*, LL. 2, 3 et 4 *eod. tit.*).

143. Pour satisfaire à ces obligations et aux autres presque innombrables que l'on pourrait déduire de son obligation générale, le tuteur devait être investi de certains pouvoirs. Responsable de son inaction, il fallait qu'il pût agir. Comment donc agira-t-il? Ou, pour poser la question sous sa forme vulgaire, quelles sont ses fonctions? Ulpien

(XI § 25) lui en assigne deux : 1° il gère ou administre les affaires du pupille; 2° il interpose son *auctoritas* dans les actes faits par ce dernier (1). Ces deux fonctions demandent à être soigneusement distinguées soit en elles-mêmes, soit dans leurs conséquences, soit enfin dans les applications qu'elles comportent. Nous touchons ici au côté le plus original et le plus intéressant de la tutelle romaine.

Quand le tuteur administre, c'est lui seul qui figure sur la scène juridique, c'est lui qui joue le rôle de partie dans l'acte. Si par exemple il s'agit de vendre ou d'acheter, c'est lui-même qui est vendeur ou acheteur : le pupille, bien qu'au fond son intérêt seul soit en jeu, disparaît comme effacé derrière le rideau. Tout au contraire, qui parle d'*auctoritas* suppose le pupille en scène; l'acte est son œuvre personnelle; c'est lui qui consent, lui qui, s'il y a lieu, accomplit les solennités juridiques; et, si le tuteur apparaît encore, ce n'est plus comme partie, c'est uniquement pour fournir au pupille un concours sans lequel l'acte ne vaudrait rien.

144. De cette notion générale il résulte que les actes faits par le tuteur n'exigent d'autres conditions que celles qui peuvent être inhérentes à leur nature, tandis que les actes qu'il autorise exigent, en outre, les conditions spéciales de l'*auctoritas*. Quelles sont donc ces conditions? Il faut d'abord que le tuteur soit présent *in ipso negotio*, c'est-à-dire au moment même où le pupille accomplit l'acte juridique (§ 2 *sup.* — L. 9 § 5, *De auct. et cons.*) (2). Il faut, en second lieu, que des paroles solennelles soient prononcées soit par lui, soit par le tiers qui traite avec le pupille (3). Nous ne possédons, il est vrai, aucun texte qui exige formellement cette seconde condition, et cela tient à ce

(1) Le Digeste et le Code séparent très-nettement aussi ces fonctions. Dans ces deux recueils, un titre spécial est consacré à chacune (D., XXVI, 7 et 8 — C., V, 37 et 59).

(2) La règle que je pose ici d'après les Institutes et le Digeste n'a pas été acceptée dans toute sa généralité par tous les interprètes. On a fait intervenir ici la distinction, qui va être bientôt expliquée (n° 146), des actes où le tuteur doit se renfermer dans le rôle d'*auctor* et de ceux où il peut à son gré autoriser ou agir seul; et on a prétendu que, quand le pupille fait un acte de cette seconde catégorie, il suffit que l'*auctoritas* du tuteur intervienne après coup. Mais cette doctrine est repoussée par un texte formel de Gaius (L. 7 pr., *Quib. mod. pign.*, XX, 6), et il est évident qu'elle repose sur une confusion : en effet, si l'adhésion que le tuteur donne à l'acte antérieurement fait par le pupille est toujours impuissante à le confirmer, elle peut, selon les circonstances, valoir comme acte d'administration et comme engagement personnel du tuteur.

(3) Quant au pupille, il n'avait aucunes paroles à prononcer, si ce n'est celles que pouvait exiger l'acte lui-même (L. 13, *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 8).

qu'elle a disparu dans le droit de Justinien. Mais l'induction doit suppléer ici aux décisions positives. Qu'il fallût des paroles prononcées soit par le tuteur, soit par le tiers, cela résulte clairement des motifs sur lesquels on fonde l'incapacité des muets et des sourds (n° 137). Le muet, dit-on, ne pourrait pas donner son *auctoritas:* le sourd n'entend pas, et il faut qu'un tuteur soit aussi capable d'entendre que de parler (L. 1 §§ 2 et 3, *De tut.*) (1). Que ces paroles fussent solennelles, c'est ce que prouve un fragment de Paul décidant que, quand même le tuteur n'aurait pas été interrogé, il autorise suffisamment s'il donne une approbation expresse à l'acte (L. 3, *De auct. et cons.*, XXVI, 8). Il ressort de là qu'à l'époque de Justinien, et même, si le texte n'est pas altéré, dès l'époque de Paul, on se contentait de paroles quelconques, mais qu'anciennement l'*auctoritas* supposait, comme le contrat de stipulation, une interrogation et une réponse. Il est probable que le tuteur devait être questionné en ces termes : *Auctorne fis?* et répondre : *Auctor fio* (2). Cette espèce de stipulation précédait-elle l'accomplissement de l'acte juridique? On l'a dit, mais je suis plus disposé à croire qu'elle le suivait immédiatement, et j'explique ainsi un texte d'Ulpien qui à première vue paraîtrait signifier que l'*auctoritas* peut intervenir après coup (L. 25 § 4, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2) (3).

Quoi qu'il en soit sur ce point secondaire, il ressort des explications précédentes qu'en nous plaçant à l'époque classique, l'*auctoritas* implique la présence simultanée du pupille qui agit, du tuteur qui l'autorise et ordinairement d'un tiers qui traite avec le pupille et qui interroge le tuteur. Il est donc bien visible qu'elle ne doit être confondue ni avec l'approbation qu'on donne d'avance à un simple projet, ni avec

(1) La preuve que l'incapacité du muet et du sourd n'était pas la conséquence directe de leur infirmité, c'est que l'aveugle pouvait être tuteur, rien ne l'empêchant de se porter *auctor* (L. 16, *De auct. et cons. tut.*).

(2) Toutefois cette question adressée au tuteur suppose que l'acte met en jeu deux parties et implique une convention. S'il s'agit d'une adition d'hérédité ou de tout autre acte exclusif de l'idée de convention, il n'y a plus alors aucun tiers qui traite avec le pupille et qui puisse interroger le tuteur.

(3) Ulpien, se référant spécialement à l'hypothèse d'une hérédité dévolue à un fils de famille, à un esclave ou à un pupille, fait une comparaison entre le *jussus* du père ou du maître et l'*auctoritas* du tuteur. Nulle adition possible sans ce *jussus* ou cette *auctoritas*. Mais tandis que le *jussus* du père ou du maître doit précéder, l'*auctoritas* intervient *perfecto negotio*, ce qui signifie, pour moi, immédiatement après l'acte emportant adition. D'autres expliquent ces mots, comme s'il y avait *in perficiendo negotio*. L'une et l'autre interprétation lèvent toute contradiction entre ce texte et celui des Institutes (§ 2 *sup*, *De auctor. tut.*).

la ratification qui consacre un acte consommé depuis un certain temps (1). Aussi, donnée par lettre ou transmise par un intermédiaire, ne produit-elle aucun effet; l'acte du pupille est réputé fait *sine auctoritate* (§ 2 *sup.* — L. 2, *De auct. et cons. tut.*).

Dans le droit de Justinien, l'*auctoritas* implique encore la présence du tuteur au moment même de l'acte; mais elle n'exige plus ni aucune solennité de paroles, ni même la présence du tiers qui traite avec le pupille, à moins que cette présence ne soit nécessitée par la nature même de l'acte (2).

En résumé, tandis que le tuteur dans sa fonction d'administrateur agit comme s'il était le véritable intéressé, le seul maître de l'affaire, je définis l'*auctoritas* un complément de capacité que sa présence et son approbation solennelle donnent au pupille à l'effet de valider les actes faits par ce dernier (3). Deux conséquences notables résultent de cette définition : 1° l'*auctoritas* ne faisant que compléter la capacité du pupille et ne la suppléant pas, elle ne se conçoit qu'autant que

(1) Aussi nos mots français *autorisation*, *autoriser*, ne rendent-ils que d'une manière très-imparfaite les expressions latines *auctoritas*, *auctor fieri*.

(2) On a déjà vu que, dès l'époque de Paul, les paroles solennelles avaient disparu (L. 3, *De auctor. et cons.*). Un texte placé sous le nom de Gaius (L. 9 § 6, *De auctor. et cons.*). peut faire croire que déjà au temps de ce jurisconsulte la présence du tiers n'était plus nécessaire, ce qui impliquerait que, dès le second siècle de notre ère, l'interrogation solennelle était considérée comme superflue. J'ai quelques doutes sur l'authenticité de ces décisions : à mes yeux, elles n'expriment avec certitude que le droit du bas-empire. Toutefois il y a en sens contraire un passage du rhéteur Dosithée (*De man.*, § 15). La question qui y est posée est celle-ci : une femme en tutelle voulant affranchir son esclave *per epistolam*, suffit-il que son tuteur l'autorise au moment où elle écrit, c'est-à-dire à un moment où l'esclave est absent? Non, répondait Julien; oui, disait Nératius, et cette dernière opinion avait été confirmée par une constitution impériale. Or ne faut-il pas voir dans cette constitution l'expression et l'application d'une doctrine générale? A cette question, je n'hésite pas à répondre négativement; en effet, comme nous le verrons bientôt (n° 165), la tutelle des femmes pubères n'était plus sérieuse au second siècle, elles pouvaient forcer leurs tuteurs à les autoriser ; il n'est donc pas étonnant que cette *auctoritas*, même donnée dans une forme irrégulière, fût considérée comme suffisante.

(3) Dans leur sens le plus général, *auctor* et *auctoritas* signifient garant et garantie. Par exemple un vendeur ou plus généralement celui qui consent un droit à une autre personne est considéré par rapport à elle comme *auctor*. De même un héritier a pour *auctor* le défunt. Car le droit du défunt lui garantit le sien comme le droit du vendeur garantit celui de l'acheteur. C'est ainsi également que la loi présentée avec l'approbation du sénat est dite rendue *ex auctoritate senatus*, et le senatus-consulte présenté par le prince est fait *ex auctoritate principis*. Car nous avons ici une condition de validité de la loi ou du sénatus-consulte. Ainsi, en notre matière, l'*auctoritas* du tuteur constitue la garantie de la validité de l'acte fait par le pupille.

celui-ci a dépassé l'*infantia*. Jusque-là, en effet, il demeure absolument dépourvu de capacité (n° 153); 2° l'*auctoritas* doit toujours être donnée purement et simplement, la raison se refusant à comprendre que la capacité des personnes dépende d'une condition. Il en est ainsi alors même que le tuteur autorise un acte conditionnel, car de tels actes supposent une capacité aussi entière que les actes destinés à produire un résultat immédiatement certain (L 8, *De auctor. et cons.*).

La nature de l'*auctoritas* ainsi définie, il est facile de comprendre le sens de la règle *tutor personæ, non rei vel causæ datur* (Inst., § 4, *Qui test. tut.* — L. 14, *De test. tut.*). Elle ne signifie pas, bien que ce soit une proposition vraie en général, que le tuteur ne puisse pas être donné spécialement pour certains biens ou pour certains actes. Moins encore signifie-t-elle qu'il n'ait pas à s'occuper des biens. Son vrai, son unique sens est que la fonction d'*auctor* constitue la fonction distinctive et originale du tuteur, que par elle seule il se sépare de tout autre administrateur, et que, s'il s'agissait seulement de gérer les biens du pupille, un curateur suffirait.

145. Il importe grandement de distinguer si c'est le pupille autorisé qui agit ou si c'est le tuteur seul en sa qualité d'administrateur. Dans le premier cas, les conséquences régulières de l'acte se réalisent directement en la personne du pupille; c'est lui-même qui devient créancier ou débiteur, lui seul qui est investi ou tenu d'une action (1) : non sans doute qu'il en ait dès à présent l'exercice actif ou passif, mais c'est son propre patrimoine qui se trouve enrichi ou grevé. Dans le second cas, au contraire, l'acte appartient au tuteur, c'est lui qui devient créancier ou débiteur; mais la personne avec laquelle il a traité ne doit rien au pupille et n'a rien à exiger de lui. C'est la conséquence logique du vieux principe romain qui exclut la représentation, c'est-à-dire n'admet pas que les actes faits par une personne puissent jamais être réputés faits par une autre.

De cette différence fondamentale il résulte que les actes du tuteur aboutissent en pratique à une complication et souvent à une iniquité que n'engendrent jamais les actes du pupille autorisé. Il ne faut pas oublier, en effet, que le tuteur agit dans l'intérêt exclusif du pupille, et que ses actes doivent en dernière analyse produire leurs résultats en faveur ou à la charge de celui-ci. Donc, quand il a touché les

(1) De là le brocard : *Qui auctor est se non obligat.*

créances acquises ou payé les dettes contractées dans ses fonctions d'administrateur, ce fait le rend débiteur ou créancier du pupille; et de là la nécessité d'un double déplacement de fonds, de là deux actions au lieu d'une seule : voilà la complication. Maintenant, supposons insolvable soit le tuteur, soit le pupille, celui des deux qui doit à l'autre, l'indemnité due ne sera évidemment pas payée. Donc chacun des deux se trouve exposé à souffrir de l'insolvabilité de l'autre : voilà l'iniquité.

Ces inconvénients inhérents à la gestion du tuteur me fournissent l'explication naturelle d'une remarquable particularité : c'est que, s'il fut toujours libre de ne pas donner son *auctoritas* (1), à toute époque, néanmoins, on le tint pour responsable de l'avoir refusée quand elle était nécessaire ou utile (L. 17, *De auct. et cons.*), tandis que pendant fort longtemps il put, sans encourir aucune responsabilité, s'abstenir d'administrer (Inst., § 3, *De Atil. tut.*). Cela tient précisément à ce que, se bornant au rôle d'*auctor*, il restait en dehors de l'acte, donc ne compromettait en rien ses propres intérêts, au lieu que par des actes d'administration il s'obligeait personnellement : or, comme dans le principe, ainsi qu'on le verra bientôt (n° 161), on lui refusait tout recours contre le pupille dont il avait fait l'affaire à ses frais et risques, il eût été inique de le forcer à courir la chance d'une perte et à sacrifier gratuitement sa propre fortune. Cette lacune relativement à l'obligation d'administrer paraît avoir subsisté environ jusqu'à la disparition du système de nomination des tuteurs établi par la loi *Atilia*. En fait, elle fut sans inconvénients pratiques, tant que les mœurs placèrent les devoirs du tuteur envers le pupille au premier rang après les devoirs de l'enfant envers ses ascendants (Aul.-Gell., V, 13). Mais le vice de la loi se révéla avec l'abaissement de la moralité publique; et alors le préteur, d'une part, autorisa le recours du tuteur contre le pupille (L. 1 pr., *De cont. tut.*, XXVII, 4), d'autre part, et par une juste réciprocité, le rendit responsable de son inaction et intervint même pour le contraindre à administrer (L. 1 pr., *De adm. et peric.*, XXVI, 7) (2).

(1) On verra plus loin (n° 165) qu'à l'époque classique le tuteur d'une femme pubère était souvent obligé de fournir son *auctoritas*.

(2) D'après ce texte, le préteur intervient *extra ordinem*, c'est-à-dire sans donner une action proprement dite. Le principal moyen de contrainte consistait probablement à envoyer le pupille en possession des biens du tuteur : peut-être y joignait-on quelque peine corporelle. En outre, le tuteur encourait la destitution comme *suspectus*, partant l'infamie (L. 3, C., *De suspect. tut.*, V, 43).

Ces réformes, qui répondaient à d'incontestables nécessités, ne supprimaient pas les inconvénients attachés au principe de la non-représentation. C'est surtout à la fin de la tutelle, quand le tuteur avait cessé de détenir le patrimoine du pupille, qu'il était choquant de voir fixées en sa personne les actions nées de sa gestion. Aussi arriva-t-on, et cela dès la fin du second siècle, à admettre qu'une fois le pupille parvenu à la puberté, ce serait à lui-même et contre lui-même qu'elles compéteraient, du moins à titre d'actions utiles (LL. 2, 5, 7 et 8, *Quand. ex fact. tut.*, XXVI, 9). Par voie de conséquence, l'ex-tuteur s'en trouvait dessaisi à compter du même moment (L. 1, C., *Quand. ex fact. tut.*, V, 39). Grâce à ce correctif imparfait, s'il demeure inexact de considérer le tuteur comme représentant le pupille au moment même où il gère, il faut reconnaître que dans le dernier état du droit il est bien réputé, une fois la tutelle finie, l'avoir représenté dans les actes d'administration.

146. Reste à rechercher dans quel cas le tuteur agit comme administrateur, dans quel cas il se borne au rôle d'*auctor*. Car on ne comprendrait guère l'utilité de ce double rôle, s'il pouvait en toute circonstance jouer à son gré l'un ou l'autre. Or il faut distinguer ici deux sortes d'actes : les uns peuvent être valablement faits par un tiers, sauf alors à ne produire leurs effets immédiats qu'en la personne de leur auteur; les autres, au contraire, à raison de leur nature et plus souvent de leur forme, exigent le fait même du véritable intéressé, sinon on les répute non avenus (L. 19, *De auct. et cons. tut.*). Pour ceux de la première classe, quand on les envisage en eux-mêmes et abstraction faite des obstacles de fait ou de droit qui peuvent empêcher le pupille d'agir, la règle est que le tuteur a le choix entre le rôle d'administrateur et le rôle d'*auctor*. Pour ceux de la seconde classe, ils ne peuvent être faits que par le pupille autorisé : faits par le tuteur lui-même, ils ne vaudraient rien. Si maintenant on se rappelle que l'*auctoritas* suppose le pupille présent et au-dessus de l'*infantia* (n° 144), voici les résultats pratiques auxquels on arrive : 1° à l'égard des actes de la première classe, l'absence ou l'*infantia* du pupille ôtent l'option au tuteur et ne lui laissent que le rôle d'administrateur (1); 2° quant aux actes de la seconde classe, l'absence ou

(1) Cela veut-il dire que le tuteur se verra toujours dans l'alternative ou de manquer à son devoir en négligeant de faire ces actes, ou, les faisant, de devenir lui-même créancier ou débiteur? Non. Un expédient commode lui est fourni par la combinaison des deux principes suivants : 1° d'après le droit civil, l'esclave

l'*infantia* du pupille les rendent absolument impossibles. Mais l'obstacle résultant de l'absence, pur obstacle de fait, peut être facilement écarté (1); au contraire, l'obstacle tenant à l'*infantia*, obstacle de droit, ne saurait être levé. Cependant l'intérêt du pupille peut réclamer impérieusement certains actes de cette nature. De là donc une entrave réelle, mais une entrave qui n'est pas, à beaucoup près, on va le voir tout à l'heure, aussi absolue qu'elle le paraît d'abord.

Les actes que le tuteur peut faire lui-même sont de beaucoup les plus nombreux : ils constituent la règle. Aussi n'essayerai-je pas d'en dresser une liste à la fois inutile et impossible. Je me contente de citer, à titre d'exemples, la tradition, les contrats de vente, de bail et de stipulation (2).

Quant aux actes dans lesquels il doit se borner à interposer son *auctoritas*, ils demandent à être déterminés. Voici donc les plus importants et les plus usuels (3).

1° Les *legis actiones*. — On appelle ainsi les formes anciennement observées pour la poursuite ou la mise à exécution d'un droit. Elles se caractérisent par des paroles solennelles (*certa verba*) contenant affirmation d'un droit au profit de la personne même qui demande ou qui défend (n° 740). Et de là la règle : *Nemo alieno nomine lege*

peut toujours acquérir pour son maître; 2° d'après le droit prétorien, il l'oblige lorsqu'il en a reçu l'ordre, soit du maître lui-même, soit du tuteur ou curateur. Donc que le pupille compte dans son patrimoine un seul esclave, et le tuteur fera faire les actes d'administration, tels que les stipulations ou promesses, ventes, prêts, par l'esclave lui-même. Les créances ainsi acquises appartiendront directement au pupille qui sera investi de l'action née du contrat; quant aux dettes, il en sera tenu *in solidum* par l'action *quod jussu*. Mais aux unes comme aux autres le tuteur restera pleinement étranger (L. 2 pr., *Quod jussu*, XV, 4. — L. 9 pr., *De adm. et peric.*).

(1) J'excepte le cas où le pupille n'est pas simplement absent, mais captif.

(2) Sur le contrat de stipulation il importe d'éviter une équivoque. Sans doute, dans la formule de la stipulation ou de la promesse le tuteur ne peut pas faire figurer le nom du pupille, de manière à le rendre directement créancier ou débiteur (Inst., §§ 3 et 4, *De inut. stip.*, III, 19), et cela a parfois conduit les interprètes à classer ce contrat parmi les actes où l'intervention personnelle du pupille est nécessaire. Mais, qu'on le remarque bien, quand le tuteur vend, achète, ou fait un bail dans l'intérêt du pupille, ce n'est pas non plus à celui-ci que la créance est acquise ou que la dette incombe. Le tuteur doit toujours, par application d'une règle générale, contracter en son propre nom. La stipulation ne se sépare donc pas, au point de vue qui m'occupe ici, des contrats de vente et de bail.

(3) Certains de ces actes peuvent, on le verra bientôt (n° 156), être faits valablement par le pupille seul. Mais pour le moment, j'étudie les pouvoirs du tuteur, non la capacité du pupille.

agere potest (Gaius, IV, § 82. — L. 123, pr., *De reg. jur.*, L, 17), qui, appliquée en notre matière, conduisait à cette conséquence désastreuse que le tuteur ne pouvait jamais plaider seul à ce titre. Toutefois l'*infantia* du pupille n'entraînait-elle pas une exception à cette règle? C'est une question qui sera examinée plus loin (Inst., pr., *De iis per quos*, etc., IV, 10). Ce qui est certain, c'est que les *legis actiones* ayant été remplacées sur la fin de la république par la procédure formulaire, il devint possible de plaider pour autrui. Dès lors demander ou défendre sont des actes qui rentrent dans la compétence du tuteur agissant comme administrateur (1); et néanmoins on lui conseille, quand le pupille n'est ni absent ni *infans*, de le faire intervenir au procès et de l'autoriser; sans quoi ce n'est pas facilement que l'action *judicati* et les voies d'exécution seraient données soit au pupille devenu pubère, soit contre lui (L. 2 pr., *De adm. et per. tut.* — L. 7, *Quand. ex fact. tut.*, XXVI, 9).

2° L'*aliénation par voie d'*in jure cessio. — Que cet acte exige le fait même du pupille, cela tient à ce qu'il emprunte les formes de la *legis actio per sacramentum* (n° 223). En réalité donc, nous ne faisons ici qu'appliquer à un acte de juridiction gracieuse la règle *nemo alieno nomine lege agere potest.*

3° L'*aliénation par mancipation.* — Ici nous n'avons plus sans doute une imitation de la *legis actio*, puisque la mancipation ne se fait pas devant le magistrat. Mais on verra plus tard que les solennités dont elle se compose impliquent le fait personnel du propriétaire de la chose aliénée (n° 224). Au surplus, s'il est impossible au tuteur de céder *in jure* ou de manciper la chose du pupille, cela n'entrave en rien son administration; en effet, dans tous les cas où une aliénation sera nécessaire ou utile, il y procédera par voie de tradition, et si l'acquéreur ne devient pas immédiatement propriétaire, du moins se trouvera-t-il dans les conditions voulues pour usucaper et par conséquent sa possession prolongée pendant une ou deux années se convertira toujours en propriété (2).

(1) Cela ne veut pas dire que désormais les résultats du procès où le tuteur figure seul se réalisent directement en la personne du pupille. Dans tous les cas, il n'y a que le tuteur qui devienne créancier ou débiteur par l'effet des condamnations prononcées, et s'il s'agit d'une action en partage, c'est lui seul aussi que l'adjudication rend propriétaire.

(2) L'*in jure cessio* et la mancipation ne sont interdites au tuteur qu'autant qu'il voudrait en user pour aliéner. Mais rien ne l'empêche d'y recourir pour faire une

4° La *manumissio*. — En général, la *manumissio* est un acte gratuit qui se résout pour le maître en un appauvrissement pur et simple, et à ce titre nous verrons qu'en principe elle est interdite au tuteur (n° 148). Mais supposons le pupille tenu de l'obligation d'affranchir son esclave, par exemple en vertu d'un fidéicommis. Dans ce cas, la *manumissio* n'a plus rien de gratuit, et à ne considérer que le but où elle tend, le tuteur pourrait et devrait la faire, comme il peut et doit payer les dettes du pupille. Il faut donc démontrer que d'autres raisons l'empêchent d'agir seul. Or si d'abord nous nous attachons à la *manumissio vindicta* telle que nous la trouvons dans le droit classique, c'est-à-dire à une époque où elle n'est qu'une application de la *legis actio sacramenti* (n° 54), l'obstacle tient évidemment à la règle *nemo alieno nomine lege agere potest*. Partout ailleurs, c'est-à-dire pour le droit ancien dans l'affranchissement *censu* (1), et pour le droit de Justinien dans un affranchissement quelconque, c'est dans l'essence même de cet acte qu'il faut chercher la raison qui empêche le tuteur d'agir seul : et cette raison, c'est que l'esclave ne peut acquérir la liberté et devenir une personne que par la volonté de celui dont il est la chose. Il y a là une sorte de procréation qui ne saurait être l'œuvre d'un tiers (2). La conséquence est que l'*infantia* et l'absence du pupille rendent absolument impossibles les affranchissements que pour une cause quelconque il est tenu de faire (3).

acquisition; il suffit alors, s'il agit seul, qu'il agisse en son propre nom. Il est vrai que par cela même c'est lui aussi qui devient propriétaire, et par hypothèse ce n'est pas là ce qu'il veut. Mais il atteindra son but en faisant à son tour une translation de propriété au pupille. Du reste, si le tuteur désire que la propriété ne réside pas un seul instant sur sa propre tête et passe directement de l'aliénateur au pupille, deux procédés lui sont offerts : 1° il peut faire intervenir un esclave du pupille, qui recevra lui-même ou la mancipation, s'il s'agit d'une chose *mancipi*, ou la tradition dans le cas contraire (Gaius, II, § 87); 2° il peut recevoir lui-même la tradition au nom du pupille qui, devenant ainsi possesseur, acquerra la propriété soit par voie de conséquence immédiate, si la chose est *res nec mancipi*, soit par usucapion, si elle est *res mancipi* (L. 13 § 1, *De acq. rer. dom.*, XL, 1. — L. 32 § 2, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2).

(1) Cependant nous ne connaissons pas assez bien les formes de la *manumissio censu* pour affirmer absolument que le concours du propriétaire n'y fût pas indispensable.

(2) Il ne faut pas objecter que le tuteur peut aliéner par tradition les biens du pupille. D'abord il n'est pas certain, du moins pour le droit ancien, que cette tradition, même appliquée à une *res nec mancipi*, transportât immédiatement la propriété quiritaire. Mais de plus et surtout, elle n'a pas pour résultat, comme la *manumissio*, de transformer la chose et de créer une personne nouvelle.

(3) Les résultats inhumains de cette règle sont écartés dans deux cas : 1° lorsque

5° L'*acceptilation*. — Ce mode de libération implique une interrogation solennelle adressée par le débiteur lui-même et une réponse faite par le créancier en personne (Gaius, III, § 169). Comment donc s'y prendre, quand cet acte sera nécessaire et que le pupille ne pourra pas y figurer lui-même? Deux procédés s'offrent au tuteur. Il peut, en consentant ou recevant un pacte *de non petendo*, acte non solennel, éteindre par voie d'exception la créance ou la dette du pupille (L. 28 § 1; L. 44, *De pact.*, II, 14). Il peut, s'il le préfère, recourir à la novation, c'est-à-dire stipuler du débiteur du pupille ce qui est dû à ce dernier ou promettre au créancier ce que le pupille lui doit. Par là, devenu lui-même créancier ou débiteur à la place du pupille, il est en mesure de faire ou de recevoir une acceptilation qui produira les mêmes résultats que si elle eût été faite ou reçue par le pupille lui-même (L. 13 § 10, *De accept.*, XLVI, 4).

6° L'*adition d'une hérédité*. — Cet acte, même quand il ne se fait pas dans la forme solennelle de la *cretio* (n°s 348 et 349), implique le fait ou la volonté de l'héritier lui-même, et cela tient à ce que, la représentation n'étant pas admise, celui qui ferait adition pour autrui ne pourrait ni acquérir l'hérédité au véritable successible, ni l'acquérir en son propre nom, même sous la charge de rendre compte. Un pareil acte ne rentre donc pas dans la compétence du tuteur considéré comme administrateur; et comme, d'autre part, il ne peut être l'œuvre du pupille agissant seul, on en conclut que l'absence ou l'*infantia* de ce dernier le mettent dans l'impossibilité d'acquérir une hérédité. Si donc il meurt avant d'avoir pu être autorisé, il ne transmet pas à ses propres héritiers le droit auquel il était appelé et qu'il n'a pas recueilli. Comment prévenir ce résultat? Nous ne trouvons à l'époque classique aucun moyen d'une application générale. Cependant le droit civil, le droit prétorien et la prudence du testateur mettent au service du pupille des protections multiples : 1° s'agit-il de l'hérédité de son père : le droit civil le déclare héritier nécessaire, c'est-à-dire investi

l'obligation d'affranchir dérive d'un fidéicommis, l'esclave, conformément à un sénatus-consulte déjà signalé (page 125, note 2), obtient un décret du préteur qui le déclare libre (L. 30 §§ 1 et 2, *De fid. lib.*, XL, 5); 2° lorsque l'obligation d'affranchir a été imposée par un pacte adjoint à l'acquisition elle-même, l'esclave devient libre de plein droit, soit par l'expiration du délai dans lequel il devait être affranchi, soit, s'il n'y a pas eu de délai fixé, au bout de deux ou de quatre mois. C'est ce qui résulte d'une constitution de Marc-Aurèle précédemment indiquée (page 100, note 2).

de plein droit et sans aucune manifestation de volonté (nos 343 et 345); 2° s'agit-il de toute autre hérédité : on admet, par dérogation au droit commun, que, dès qu'il est capable d'articuler des paroles, il peut, quoique *infans*, faire adition *tutore auctore* (L. 9, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2), 3° si à la qualité d'héritier *jure civili*, le pupille joint celle de *bonorum possessor* d'après le droit prétorien, le tuteur est admis à demander pour lui la *bonorum possessio* qui emporte, sinon la même situation juridique que l'adition d'hérédité, du moins des avantages pratiques à peu près équivalents (L. 7 § 1, *De bon. poss.*, XXXVII, 1); 4° le testateur, au lieu d'instituer le pupille, peut instituer son esclave, et celui-ci faire adition *jussu tutoris* (L. 50, *De acq. vel omitt. hered.*); 5° enfin, le testateur a pu instituer un tiers et le grever d'un fidéicommis d'hérédité envers le pupille. En ce cas, le tuteur a qualité soit pour recevoir la restitution du fidéicommis, soit même pour forcer l'institué à faire adition s'il s'y refuse (L. 65 § 3, *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1). Tel est le droit classique. Mais en les années 407 et 426, des constitutions impériales, sacrifiant justement les vieux principes à l'intérêt du pupille, décidèrent que, tant qu'il n'aurait pas dépassé l'*infantia*, son tuteur serait admis à faire adition en son nom (L. 18, C., *De jur. delib.*, VI, 30. — L. 8, C. Th., *De bon. mat.*, VIII, 18). Cet acte devient donc dans une certaine mesure un acte d'administration.

7° La *répudiation d'une hérédité.* — Il y a là une simple conséquence de la règle d'après laquelle l'aptitude à faire cette répudiation implique aptitude à faire adition (LL. 4 et 18, *De acq. vel omitt. hered.*) (1). Ici l'insuffisance des pouvoirs du tuteur est visiblement sans danger pour le pupille, auquel elle laisse entière la faculté d'accepter ou de répudier plus tard : elle n'a d'autre inconvénient que de tenir en suspens le droit des tiers. Je viens de supposer le pupille appelé comme héritier externe. Que décider dans les deux hypothèses où l'hérédité lui est acquise de plein droit (n° 343)? Sur le cas peu

(1) A la répudiation d'une hérédité il faut assimiler celle d'une *bonorum possessio*. Deux textes expriment d'une manière formelle que le tuteur doit nécessairement se borner ici au rôle d'*auctor* (L. 8, *De bon. poss.*, XXXVII, 1. — L. 1 § 4, *De success. edict.*, XXXVIII, 9). Et il ne faut pas alléguer en sens contraire la loi 11, *De auct. et cons.*, où Gaius dit que, soit pour accepter, soit pour répudier une *bonorum possessio*, c'est la volonté du tuteur qu'il faut considérer. Le texte signifie que le pupille agissant seul n'agirait pas valablement, sa volonté étant par elle-même insuffisante.

pratique où il serait simplement *necessarius*, les textes ne s'expliquent pas (1). Que s'il est *suus et necessarius*, on permet au tuteur de lui procurer le bénéfice d'abstention (L. 4, C., *Arb. tut.*, V, 51), décision très-raisonnable; car étant donné une hérédité mauvaise, il est bien plus urgent pour qui en est saisi de s'en dessaisir que pour qui y est encore étranger de déclarer qu'il y restera étranger.

8° L'*adrogation*. — Même lorsque l'adrogation n'exigea plus de *certa verba*, il eût été ridicule que le tuteur pût, comme administrateur, consentir seul un acte qui mettait fin à son administration et ôtait au pupille ses droits de famille et ses biens (n° 112). L'adrogation de l'impubère suppose donc nécessairement qu'il a dépassé l'*infantia* (2).

147. J'ai dit précédemment (n° 144) que c'est la prestation de l'*auctoritas* qui constitue la fonction originale et essentielle du tuteur romain, tandis que sa fonction d'administrateur lui est commune avec les curateurs. Pour justifier cette affirmation, il suffit de regarder comment les choses se passent, lorsque des raisons personnelles au tuteur l'empêchent de donner son *auctoritas* et que pourtant il y a nécessité de faire un acte qui l'exige. Voici notamment trois situations prévues dans les textes :

1° On a déjà vu (n° 139) que, lorsque le tuteur réussit à faire admettre une excuse temporaire, cela donne lieu à la nomination d'un curateur. Mais ce curateur ne fait que gérer, il n'autorise pas. Donc il faudra nommer un tuteur spécial, chaque fois qu'il s'agira d'autoriser le pupille dans un acte qui nécessite son fait personnel (L. 19, *De auct. et cons. tut.*).

2° Une excuse proposée par le tuteur a été rejetée. Il appelle au magistrat supérieur. Tant que l'appel n'est pas vidé par une sentence définitive, on donne les mêmes décisions que sur la précédente hypothèse (L. 17 § 1, *De appell.*, XLIX, 1).

(1) Mais il est probable que la *bonorum separatio* peut être demandée par le tuteur.

(2) Dans le droit classique, selon toute probabilité, le tuteur ne pouvait pas non plus, comme administrateur, accepter un legs d'option ou figurer dans la constitution d'un *cognitor*. Quant au legs d'option, cela tient à ce que jusqu'à Justinien le choix qui en fait l'objet fut considéré comme absolument personnel au légataire (n° 390). Le legs s'éteignait donc si le pupille venait à mourir *infans*. Quant à la constitution d'un *cognitor*, elle implique des paroles solennelles qui, ce semble, ne peuvent être prononcées que par les véritables intéressés (Gaius, IV, § 83). Du reste cette règle n'avait rien de gênant pour le tuteur; car il pouvait toujours, au lieu d'un *cognitor*, constituer un simple *procurator*, ce qui n'exigeait aucune solennité.

3° Supposons qu'un acte intéresse tout ensemble le tuteur et le pupille. Par exemple, le pupille créancier du tuteur veut lui faire acceptilation, le déléguer à un tiers, en un mot, faire un acte quelconque qui lui procure sa libération. Le tuteur ne peut pas ici se passer du concours du pupille et agir comme administrateur. D'autre part son intérêt personnel forme obstacle à ce qu'il interpose ici son *auctoritas* (LL. 18 et 22, *De auct. et cons.*). C'est ce que l'on exprime en disant qu'il ne peut pas *auctor fieri in rem suam* (1). Comment donc s'y prendre, si pourtant l'acte est exigé par l'intérêt même du pupille? Ici encore à l'effet de l'autoriser, on lui nomme un tuteur spécial. C'est ce qui arrivait régulièrement, sous le système des *legis actiones*, toutes les fois qu'il y avait procès entre lui et son tuteur. Le pupille devait plaider lui-même, autorisé par un *tutor prætorius*. Cette pratique se maintint, restreinte, il est vrai, au cas d'un *judicium legitimum* (2), pendant toute la durée du système formulaire et même après sa disparition (Gaius, I, § 184. — Ulp., XI, § 24). Mais elle ne se justifiait plus par aucune nécessité, puisque la demande et la défense en justice n'exigeaient plus la présence du véritable intéressé. Aussi Justinien, opérant ici une réforme que la logique exigeait depuis plus de cinq siècles, décida très-sagement que dans tous les cas la nomination d'un curateur spécial serait suffisante (§ 3 *sup.*, *De auct. tut.*).

Dans ces trois hypothèses, et d'une manière générale dans toutes celles où l'on nomme exceptionnellement un tuteur *certæ causæ* (3), on ne procède ainsi que parce que l'acte dépasse les pouvoirs d'un

(1) Ce principe s'applique lors même que le tuteur ne doit bénéficier de l'acte que par l'intermédiaire d'une personne placée sous sa puissance. Donc le pupille autorisé ne promettrait pas valablement au fils ou à l'esclave de son tuteur (L. 7 pr., *De auct. et cons.*). Mais le principe cesse lorsque le tuteur, n'étant pas partie dans l'acte, soit par lui-même, soit *per subjectas sibi personas*, n'en doit profiter que par voie de conséquence. Ainsi, quoique créancier d'une hérédité déférée au pupille, il autorise valablement l'adition (L. 1 pr., *De auct. et cons.*).

(2) Justinien (§ 3 *sup.*, *De auct. tut.*) se tait sur cette distinction mentionnée par Gaius et Ulpien. Si elle n'avait pas existé, il faudrait admettre une interpolation dans deux textes qui, visant le cas d'un procès entre le tuteur et le pupille, expriment qu'un curateur est donné à celui-ci (L. 24, *De test. tut.* — L. 9 § 4, *De tut. et rat.*, XXVII, 3). Ces textes se référaient à des *judicia imperio continentia* dont Justinien a dû nécessairement retrancher la mention.

(3) La nomination d'un tuteur *certæ causæ* se présentait fréquemment pour les femmes pubères (Ulp., XI, §§ 20 à 22. — Gaius, I, §§ 176 et s.). Et il est évident que dans tous les cas où l'ancien droit permettait qu'un impubère fût placé sous la tutelle d'un autre impubère (n° 137), un tuteur spécial était nécessaire pour tous les actes qui par leur nature exigent l'*auctoritas*.

curateur. On applique donc la règle *Tutor personæ datur*, et ceci démontre jusqu'à l'évidence que Justinien prend le contre-pied de la vérité, lorsqu'il prétend trouver dans cette maxime l'explication de la règle générale d'après laquelle les tuteurs ne sont pas donnés pour certains actes (Inst., § 4, *Qui test. tut.*, I, 14). Le vrai, au contraire, c'est que toutes les exceptions à cette dernière règle sont déterminées par la nécessité de suivre cette règle supérieure : *Tutor personæ datur* (1).

148 *a*. On a vu quels sont les actes que le tuteur peut et doit faire pour conserver et augmenter le patrimoine du pupille, et quels pouvoirs lui sont conférés à cet effet. Il me reste à signaler les principales conséquences négatives de son obligation générale, conséquences toutes contenues dans la proposition suivante : Le tuteur ne peut ni faire lui-même aucun acte tendant à diminuer la fortune du pupille, ni l'autoriser à en faire aucun du même genre (2). Cette formule exclut d'une manière absolue les donations soit entre-vifs, soit *mortis causa* (L. 22, *De adm. et peric. tut.*) (3). En principe, elle exclut aussi les affranchissements, de quelque façon qu'ils soient faits : cependant le pupille qui a dépassé l'*infantia* peut affranchir en remplissant les conditions que la loi Ælia Sentia impose à tout mineur de vingt ans,

(1) Justinien commet la même erreur au Digeste (LL. 12, 13 et 14, *De test. tut.*). Mais on ne saurait l'imputer aux jurisconsultes qu'il cite. Dans la loi 12, Ulpien exprime que le tuteur n'est donné ni pour certains biens ni pour certains actes. D'après la loi 13, qui appartient à Pomponius, une nomination ainsi faite serait nulle. Enfin la loi 14, empruntée à Marcien, donne ainsi le prétendu motif de toutes ces décisions : *quia personæ, non rei vel causæ datur*. Il est clair que le *quia* a été inséré par Justinien comme soudure entre des textes qui ne se rapportaient pas les uns aux autres. Si la liaison d'idées que l'empereur prétend établir ici eût appartenu aux jurisconsultes, il n'aurait pas eu besoin d'emprunter aux uns les décisions principales, à un autre le motif. Un même jurisconsulte lui aurait tout fourni.

(2) A ce point de vue, Gaius et Justinien sont trop absolus quand ils disent que le pupille autorisé peut faire un acte juridique quelconque (*omne negotium*) (Gaius, III, § 107. — Inst., § 9, *De inut. stip.*). Ces textes signifient simplement que, quant à la forme, tout acte se prête à être fait par le pupille autorisé, mais un obstacle peut résulter du but de l'acte.

(3) Le tuteur n'a pas même la liberté de faire des donations *dotis causa* aux plus proches parents du pupille, par exemple à sa sœur. Tout au plus lui permet-on de faire les présents d'usage (L. 12 § 3, *De adm. et peric.*), ceux qui sont en quelque sorte nécessaires, mais il ne peut pas faire un *munus nuptiale* (L. 1 § 5, *De tut. et rat.*, XXVII, 3. — L. 13 § 2, *De adm. et peric.*). Par exception pourtant, le tuteur peut, en vertu d'un décret du magistrat, autoriser le pupille à faire des donations pour cause d'aliments à un proche parent, par exemple à sa mère ou à sa sœur (L. 1 § 2, *De tut. et rat.*).

et en obtenant de plus l'autorisation de son tuteur (1). Mais en pareil cas l'esclave affranchi ne garde pas son pécule, car ce serait une véritable donation ajoutée au don de la liberté (L. 9 § 1, *De auct. et cons.* — L. 24, *De man. vind.*, XL, 2).

De cette même formule il suit que certains actes qui peuvent être gratuits, mais qui ne le sont pas nécessairement, seront, selon les circonstances, permis ou défendus au tuteur. Tels sont : 1° la transaction, permise seulement lorsqu'elle porte sur une difficulté vraiment sérieuse et qu'elle ne dissimule pas l'abandon gratuit d'un droit certain ou d'une prétention qui paraît fondée (L. 46 § 7, *De adm. et peric.* — L. 56 § 4, *De furt.*, XLVII, 2); 2° la novation, permise seulement quand elle présente un avantage pour le pupille (L. 22, *De adm. et peric.* — L. 20 § 1, *De novat.*, XLVI, 2); 3° la délation d'un serment judiciaire ou extrajudiciaire, permise seulement en l'absence complète de preuves (L. 35 pr., *De jurej.*, XII, 2); 4° l'acquiescement à une demande en justice ou à un jugement, et par analogie le désistement d'une demande formée au nom du pupille ou par lui (L. 11, C., *De adm. et peric.*, V, 37). La règle est que le tuteur doit plaider au nom du pupille et appeler des jugements rendus contre lui, toutes les fois que sa cause paraît bonne. Sinon, il lui imposerait sans droit un sacrifice gratuit. Mais à l'inverse, et pour la même raison, il ne doit pas plaider, quand la cause est évidemment mauvaise (L. 22, *De adm. et peric.*).

Sous Septime Sévère et Caracalla, on poussa plus loin l'obligation imposée au tuteur de ne pas diminuer le patrimoine qui lui est confié. Un sénatus-consulte, dont il sera bientôt question (n° 149), décida que les immeubles ruraux ou suburbains du pupille ne pourraient être aliénés à titre onéreux que pour des causes et dans des formes déterminées, et la même décision fut étendue par Constantin aux maisons et aux meubles précieux. On évitait par là les inconvénients possibles de la transformation du patrimoine du pupille, notamment les ventes pour un prix inférieur à la véritable valeur de la chose.

(1) On remarquera que le tuteur n'est jamais tenu d'autoriser l'affranchissement même motivé sur la plus juste cause et approuvé par le *consilium*. Cela est vrai non-seulement quand la juste cause s'analyse en une simple raison d'affection ou d'intérêt, mais même lorsqu'elle consiste en une obligation d'affranchir. Seulement, dans ce dernier cas, le refus d'autorisation détermine, comme le ferait l'*infantia* du pupille, un décret du préteur qui déclare l'esclave libre (L. 30 § 3, *De fid. lib.*, XL, 5, page 350, note 3).

149 *a*. Pour accomplir ces obligations purement négatives, le tuteur n'a pas besoin de pouvoirs : il lui suffit de s'abstenir. Mais en principe ces obligations ne l'empêchent pas de modifier, s'il le juge avantageux, la consistance du patrimoine du pupille, par exemple en déplaçant de l'argent pour lui acquérir des immeubles, ou à l'inverse en vendant ses immeubles pour en placer le prix. Toutefois l'aliénation des immeubles présentait le double inconvénient de substituer à des valeurs solides des valeurs plus difficiles à conserver et d'ôter au pupille des biens auxquels peut-être s'attachaient de précieux souvenirs de famille. En conséquence, un sénatus-consulte proposé par l'empereur Septime Sévère vint poser ici une limite nouvelle aux pouvoirs des tuteurs : en principe, il leur fut défendu d'aliéner les *prædia rustica vel suburbana* des pupilles, c'est-à-dire tous immeubles autres que les maisons ou les terrains situés dans les villes.

Le texte même du sénatus-consulte, ou plutôt de l'*oratio* qui le précéda (L. 1 § 2, *De reb. eor.*, XXVII, 9), excepte de cette prohibition les quatre cas suivants :

1° Le père lui-même, par une clause expresse de son testament ou par codicille, a permis ou ordonné l'aliénation. La loi, ne voulant pas se montrer plus prudente que lui, conserve au tuteur la plénitude de ses pouvoirs.

2° L'immeuble n'est entré dans le patrimoine du pupille que grevé d'un droit de gage ou d'hypothèque soit du chef de son père, soit plus généralement du chef du précédent propriétaire. Le créancier ne saurait être frustré de son droit de vendre.

3° Il s'agit d'un immeuble indivis entre le pupille et un majeur de 25 ans. Le sénatus-consulte ne permet pas au tuteur de demander le partage, mais il le permet au copropriétaire majeur; et cette demande peut avoir pour résultat d'enlever au pupille tout ou partie de son droit de propriété (L. 17, C., *De præd. et al. reb. min.*, V, 71).

Généralisant ces deux dernières exceptions, la jurisprudence admit la validité de l'aliénation, toutes les fois qu'elle ne prendrait pas son principe dans l'initiative du tuteur, mais qu'elle aurait une cause nécessaire (L. 3 §§ 2 et 3, *De reb. eor.*).

4° Le pupille a des dettes à payer, et il est impossible d'y faire face sans aliéner un immeuble (1). Ici, pour éviter au pupille la *bonorum*

(1) Il faut faire rentrer dans ce cas le partage d'un immeuble indivis entre plusieurs mineurs. Un texte (L. 17, C., *De præd. et al. reb. min.*, V, 71) prouve qu'alors

venditio per universitatem (nos 482 et s.), le sénatus-consulte autorise les tuteurs à vendre en vertu d'un décret du *prætor urbanus* ou du *præses provinciæ*. Ce magistrat consulte la famille sur les ressources du pupille et sur la nécessité de l'aliénation; son décret serait nul, s'il n'était motivé que par des considérations d'utilité (L. 5 §§ 9, 11 et 14, *De reb. eor.*).

Hors ces cas, l'aliénation est frappée de nullité, et le pupille conserve la propriété de son immeuble, donc le revendique efficacement, quand même le magistrat induit en erreur aurait autorisé la disposition (L. 5 §§ 14 et 15, *De reb. eor.*).

A l'aliénation proprement dite les jurisconsultes assimilent fort sagement toute constitution de gage ou d'hypothèque, d'usufruit ou de servitude prédiale, ainsi que l'abandon d'une servitude active, d'un droit d'usufruit ou d'emphytéose appartenant au pupille (L. 3 § 5; L. 8 § 2, *De reb. eor.*).

Constantin compléta les dispositions de ce sénatus-consulte en les étendant aux *prædia urbana;* il les exagéra même en les appliquant à certains meubles précieux dont il donne l'énumération (L. 22., C., *De adm. tut.*, V, 37) (1).

Au surplus, l'aliénation faite par le pupille autorisé ne saurait valoir là où le tuteur est incompétent pour la faire lui-même en sa qualité d'administrateur.

150. Ce n'est pas tout d'avoir déterminé les obligations du tuteur, il faut rechercher ce qui arrive quand il les a mal exécutées ou nettement violées. La question en comprend deux bien distinctes : 1° Dans ses rapports avec les tiers, le pupille est-il toujours lié par les actes de son tuteur ou par ceux qu'il a faits lui-même avec autorisation? 2° Dans ses rapports avec le tuteur, quelle est précisément la responsabilité de celui-ci?

Première question. — Trois règles se dégagent de l'ensemble des textes : 1° ni les actes qui excèdent absolument les pouvoirs du tuteur,

le partage peut être autorisé par décret. C'est qu'en effet l'indivision oblige chaque copropriétaire envers les autres; et l'obligation consistant précisément à partager ne saurait être exécutée sans qu'un partage intervienne.

(1) Ce texte prouve que la pratique antérieure à Constantin avait déjà modifié sur deux points la règle posée par le sénatus consulte : 1° elle prohibait l'aliénation des esclaves attachés à l'exploitation d'un *prædium rusticum* comme celle de l'immeuble lui-même (pr.); 2° elle admettait les aliénations *ex decreto magistratus*, quand elles avaient pour cause la constitution d'une dot ou d'une donation *ante nuptias* (§ 1).

ni ceux qu'il a faits seul quand leur nature exigeait qu'il se bornât au rôle d'*auctor*, ne lient le pupille (L. 22, *De adm. et peric.* — L. 2, *De auct. et cons.* — L. 3 § 13, *De susp. tut.*, XXVI, 10) (1); 2° il est lié, au contraire, par tous actes réguliers en la forme et faits de bonne foi, quand même ils contiendraient les éléments d'un dommage pour lui (L. 12 § 1, *De adm. et peric.*) (2). Cette règle, qui peut devenir accidentellement préjudiciable au pupille, repose néanmoins sur son intérêt bien compris. Car le tuteur ne trouverait aucun crédit, si personne ne pouvait traiter en pleine sécurité soit avec lui, soit avec le pupille autorisé, et s'il fallait que la validité de l'acte dépendît du hasard de ses résultats; 3° le pupille ne doit ni profiter ni souffrir du dol de son tuteur (L. 3, *Quand. ex fact. tut.*, XXVI, 9. — L. 198, *De reg. jur.*, L, 17). Ce principe s'applique différemment selon que le tuteur a agi lui-même ou s'est contenté d'interposer son *auctoritas*. Supposons d'abord qu'il ait agi lui-même, et en ce cas, distinguons entre les obligations et les créances que l'acte a pu faire naître. Quant aux obligations, le tuteur en reste seul tenu, même après la fin de la tutelle, ou du moins les actions ne sont transférées contre le pupille devenu pubère que jusqu'à concurrence de son enrichissement (L. 13 § 7, *De act. empt.*, XIX, 1). Par exemple, le tuteur a frauduleusement acheté une chose pour un prix très-supérieur à sa véritable valeur; si le pupille a tiré de cette chose un parti utile, par exemple en la consommant ou en la revendant, il sera bien tenu envers le vendeur, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme qu'elle aurait dû lui coûter ou qu'il en a retirée. Le surplus ne pourra être exigé que du tuteur. Quant aux créances, les actions qu'elles ont fait naître en la personne du tuteur sont transférées sans doute au pupille devenu pubère, mais il ne les peut exercer que sous la réserve d'une exception de dol qui a pour effet de diminuer la condamnation d'une quantité égale à son enrichissement (L. 4 §§ 23, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4). Par exemple, le tuteur a vendu pour un prix de 150 une chose qui ne valait que 100. Le pupille exerçant l'action *venditi* n'obtiendra que 100, mais le surplus lui sera dû par son tuteur. Voyons

(1) Cette règle est fort sage, quand il s'agit d'une donation, d'une adition d'hérédité ou autres actes semblables pour lesquels il est certain que le tuteur est sans pouvoir ou n'a que le pouvoir d'autoriser. Mais elle est insidieuse pour les tiers, quand il s'agit d'une novation, d'une transaction ou de tout autre acte qui peut selon les cas être compris ou non dans les pouvoirs du tuteur.

(2) Sauf le remède de l'*in integrum restitutio* (nos 172 et s.).

maintenant ce qui arrive lorsque c'est le pupille lui-même qui a agi *tutore auctore*. Dans la rigueur du droit, je crois que l'acte produit tous ses effets (1), mais on les tempère à l'aide d'une exception de dol. Donc, le pupille est-il devenu débiteur : il ne peut être efficacement poursuivi que dans la mesure de son profit; pour le surplus l'action est transportée contre le tuteur (L. 13 § 7, *De act. empt.*). Est-il devenu créancier : son action est repoussée jusqu'à concurrence de la quantité dont il s'est enrichi, mais son tuteur doit l'indemniser (2).

Seconde question. — Le tuteur n'encourt de responsabilité envers le pupille qu'autant qu'il lui a causé un dommage, soit en gérant mal ou en l'autorisant à contre-temps, soit même, comme on l'a vu incidemment (n° 145), en ne gérant pas ou en lui refusant son autorisation pour des actes utiles. A s'en tenir aux principes généraux, il faudrait décider que, l'obligation du tuteur étant absolument gratuite, cette responsabilité suppose de sa part un dol ou une faute lourde toujours assimilée au dol (L. 108 § 12, *De leg.* 1°, XXX. — L. 32. *Dep.*, XVI, 3). Et il me paraît bien probable que telle fut d'abord la théorie romaine (3). Mais elle protégeait trop mal le pupille pour être long-

(1) Un texte du Digeste, relatif à l'hypothèse d'une femme qui se constitue une dot avec l'autorisation de son tuteur, décide que l'acte est nul *ipso jure* dans la mesure même où l'autorisation a été donnée par dol (L. 61 pr., *De jur. dot.*, XXIII, 3). Si je ne généralise pas cette décision, c'est que dans l'espèce le tuteur a violé une loi formelle, la loi Julia *De maritandis ordinibus*.

(2) Une doctrine très-sensiblement différente de celle que j'expose paraît avoir été professée par quelques jurisconsultes et en particulier par Pomponius. Voici comment je la comprends et la résume. S'agit-il d'une obligation contractée ou par le tuteur lui-même ou avec son autorisation par le pupille : celui-ci doit être condamné même au delà de son enrichissement, pourvu que l'efficacité de son recours soit assurée par la solvabilité du tuteur ou de ses fidéjusseurs (L. 21 § 1, *De pec.*, XV, 1. — L. 1, *quand. ex fact. tut.*, XXVI, 9); cette condition faisant défaut, il n'est condamné que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi, pour le surplus il se tire d'affaire en cédant ses actions (L. 61, *De adm. et per. tut.* — L. 3 § 1, *De trib. act.*, XIV, 4). Pareillement, s'il s'agit d'une créance, il faut que le tuteur ou ses fidéjusseurs soient solvables pour que l'exception de dol réussisse contre le pupille; sinon, celui-ci n'a qu'à céder ses actions pour obtenir une condamnation *in solidum* (L. 4 § 23, *De dol. mal. et met. except.*). Au surplus, dans toutes les opinions, ainsi que cela résulte de ce dernier texte, il faut supposer que le dol du tuteur n'a pas eu pour complice le tiers qui traitait avec lui ou avec le pupille lui-même, sinon ce tiers en souffre toujours.

(3) Je trouve au Code un texte conçu en ce sens (L. 20, C., *De neg. gest.*, II, 19). Mais il est contredit ailleurs par ses propres auteurs, Dioclétien et Maximien (L. 7, C., *Arb. tut.*, V, 51). Au surplus, quelque chose est resté de cette doctrine : en effet, quand le tuteur meurt, ses héritiers, s'ils sont du sexe masculin et âgés de vingt-cinq ans, doivent terminer les affaires par lui commencées. Mais dans

temps conservée, du moins avec son caractère absolu. Quelques textes, il est vrai, permettent de croire qu'elle se maintint en ce qui concerne les placements et acquisitions faits au nom du pupille (L. 7 § 2; L. 13 § 1, *De adm. et peric.* — L. 2, C., *Arb. tut.*). Ces hypothèses mises à part, il est généralement reçu par les jurisconsultes classiques que la responsabilité du tuteur comprend même la simple faute, celle qu'on appelle légère. Mais comment apprécier cette faute? faut-il n'exiger du tuteur que la diligence qu'il apporte habituellement dans ses propres affaires, ou au contraire faut-il l'astreindre aux soins du père de famille le plus attentif? Ulpien, que je n'essayerai pas de concilier avec lui-même, enseigne la première opinion dans un texte (L. 1 pr., *De tut. et rat.*, XXVII, 3), et la seconde dans deux autres (L. 10, *De adm. et peric. tut.* — L. 23, *De reg. jur.*, L, 17). Cette seconde opinion est également professée par son contemporain Callistrate (L. 33, *De adm. et peric.*), et par son élève Modestin qui en relève le caractère exceptionnel (*Collat. leg. Mosaic.*, tit. X, cap. 2 § 3); et il est bien vraisemblable que c'est celle qui a prévalu, comme étant nécessitée par l'impuissance évidente du pupille à surveiller lui-même ses intérêts.

151. J'ai pu supposer jusqu'à présent que le pupille se trouvait placé sous la tutelle d'une seule personne. Mais la pluralité des tuteurs engendre certaines complications, soit quant à l'administration proprement dite, soit quant à l'*auctoritas*.

En ce qui concerne l'administration, il faut distinguer trois hypothèses : 1° tous les tuteurs gèrent indivisément; 2° la gestion a été divisée entre tous les tuteurs; 3° un seul gère.

Première hypothèse : Tous les tuteurs gèrent indivisément. — Cela signifie que chaque tuteur est pleinement compétent pour faire seul tous les actes de gestion qu'il ferait valablement s'il était seul tuteur. En pareil cas, chacun répond non-seulement de sa gestion personnelle, mais encore de celle de ses collègues, sauf recours contre eux; et le pupille peut, en principe, poursuivre pour le tout celui qu'il lui plaît de choisir. Cependant, par un tempérament d'équité, on admet, au profit du tuteur seul poursuivi pour la gestion commune ou pour celle de ses cotuteurs, les deux bénéfices suivants : 1° il peut

leur gestion personnelle ils répondent seulement de leur dol (L. 1 pr., *De fid. et nom.*, XXVII, 7. — L. 2, C., *De her. tut.*, V, 55), décision très-raisonnable, car les héritiers du tuteur ne sont pas tuteurs.

exiger que la poursuite soit répartie également entre lui et ceux de ses cotuteurs qui sont solvables; 2° s'il ne demande pas la division, ou si l'insolvabilité de ses cotuteurs la rend impossible, il peut se faire céder les actions du pupille, afin de mieux assurer son recours. On sous-entend même cette cession, lorsqu'il a payé en vertu d'un jugement, et on lui donne en ce cas, à titre d'actions utiles, les actions qu'une cession expresse eût seule pu lui procurer dans l'hypothèse d'un payement amiable (L. 1 §§ 10 à 14, *De tut. et rat.* XXVII, 3. — L. 76, *De solut.*, XLVI, 3) (1).

Il faut savoir que certains tuteurs qui, en réalité, ne gèrent pas, sont réputés gérer, par conséquent soumis envers le pupille à la responsabilité qui vient d'être indiquée, sauf leur recours contre les tuteurs qui ont seuls géré en fait. Cela se présente dans les trois cas suivants : 1° les tuteurs se sont, spontanément et de leur seule autorité, partagé la gestion. On ne voit là qu'un arrangement déterminé par la vue de leur commodité personnelle; mais à l'égard du pupille ils sont tous réputés gérer pour le tout (L. 5, C., *De divid. tut.*, V, 52); 2° ils ont, toujours spontanément et de leur seule autorité, donné mandat à l'un d'eux de gérer seul. Ici encore, ceux qui ne gèrent pas restent considérés à l'égard du pupille comme gérant. Ils se sont déchargés des fatigues de l'administration, non de la responsabilité (L. 55 § 2, *De adm. et peric.*); 3° en supposant des tuteurs testamentaires ou nommés sur enquête, partant dispensés de fournir la *cautio rem pupilli salvam fore*, celui d'entre eux qui désire échapper au risque de la gestion de ses collègues peut, en offrant de leur donner caution, demander à être chargé seul de l'administration. Par cette offre, il les place dans l'alternative suivante : ou ils acceptent la caution, et alors ils doivent s'abstenir de l'administration; ou ils tiennent à administrer, et alors ils ne le peuvent qu'à la condition d'offrir eux-mêmes une caution. Il faut bien remarquer avec les Institutes (§ 1 *sup.*, *De satisd. tut.*; § 20, *De inut. stip.*, III, 19), que dans cette hypothèse la caution ne s'engage pas envers le pupille, mais bien envers les tuteurs qui doivent rester étrangers à l'administration, de telle sorte que ceux-ci pourront, il est vrai, être poursuivis par le pupille, comme s'ils avaient géré,

(1) Ce second bénéfice n'est pas accordé au tuteur poursuivi *ex dolo communi*. Comme il subit la peine de son propre délit, on le laisse absolument sans recours contre ses cotuteurs, ce qui tourne en une véritable iniquité; car, le pupille ne pouvant être indemnisé qu'une fois, le payement fait par l'un des cotuteurs libère les autres et par voie de conséquence les enrichit (L. 1 § 14, *De tut. et rat.*).

mais qu'ils auront un recours assuré soit contre le tuteur qui a seul administré, soit contre sa caution.

Deuxième hypothèse : La gestion est divisée entre les tuteurs (1). — Il faut supposer que cette division a été faite ou par le père de famille ou par le magistrat. En pareil cas, chaque tuteur n'est responsable que de sa propre gestion, à moins que par dol ou par faute il n'ait négligé de provoquer, s'il y avait lieu, la destitution de ses cotuteurs comme suspects (L. 12, *Rem pup. vel ad.*, XLVI, 6. — L. 2, C., *De div. tut.*, V, 52).

Troisième hypothèse : L'un des tuteurs gère seul. — J'entends que non-seulement en fait les autres tuteurs ne gèrent pas, mais qu'en droit ils ne sont pas réputés gérer. Cette situation se présente d'abord, lorsque, s'agissant de tuteurs testamentaires, le père de famille a lui-même désigné celui qui doit gérer à l'exclusion des autres. Cette désignation est toujours confirmée par le magistrat, à moins que le choix du père de famille ne porte l'empreinte d'une étourderie manifeste ou qu'ultérieurement il ne se soit produit des circonstances qui, connues de lui, auraient dû changer sa volonté (L. 3 §§ 1 et 3, *De adm. et peric*). Dans le silence du père de famille, ou quand il ne s'agit pas de tuteurs testamentaires, le magistrat convoque les tuteurs, et ce sont eux-mêmes qui, sur son invitation, désignent celui qui gérera. Que s'ils ne se rendent pas à cette convocation, ou s'ils ne s'entendent pas sur le choix à faire, le gérant est désigné par le magistrat lui-même, à moins que tous les tuteurs ne tiennent à administrer (§ 1 *sup.*, *De satisd. tut.* — L. 3 §§ 7 et 8, *De adm. et peric.*). Dans ces divers cas, les tuteurs qui restent étrangers à l'administration ne cessent pas pour cela d'être responsables envers le pupille. Aussi constituent-ils, à l'égard du gérant, une sorte de conseil de surveillance (*observatores actus ejus et custodes*), et doivent-ils fréquemment lui demander des comptes (L. 3 § 2, *De adm. et peric.*). Mais leur responsabilité n'est que subsidiaire. Je veux dire qu'avant de les poursuivre, le pupille doit discuter, c'est-à-dire faire vendre les biens du gérant; et ce n'est qu'après avoir con-

(1) Cette division peut se faire ou *in partes* ou *in regiones* (L. 3 § 9; L. 4, *De adm. et peric.*). Dans la première combinaison, chaque tuteur administre une certaine catégorie de biens, par exemple l'un les meubles, l'autre les immeubles. Dans la seconde, l'un administre les biens situés dans une province, l'autre les biens situés dans une autre province. Cette possibilité de diviser l'administration explique pourquoi le père de famille et le magistrat nomment quelquefois des tuteurs pour certains biens (page 291, note 1).

staté l'insolvabilité de ce dernier qu'il peut se retourner contre eux. Grâce à ce bénéfice de discussion, ces tuteurs n'ont guère de la tutelle que l'honneur, et c'est pourquoi on les appelle tuteurs honoraires (L. 3 § 2, *De adm. et peric.*) (1).

152. En résumé, nous distinguons deux grandes classes de tuteurs, ceux qui gèrent divisément ou indivisément, et ceux qui ne gèrent pas (2). Cette distinction est-elle indifférente en ce qui concerne le droit d'autoriser le pupille? Non. Les tuteurs qui ne gèrent pas sont inhabiles à l'autoriser dans les actes d'administration, tels qu'une vente (L. 4, *De auct. et cons.*); mais ils l'autorisent valablement à faire soit une adition d'hérédité, soit un autre acte qui dépasse les pouvoirs du tuteur agissant seul (L. 49, *De acq. vel amitt. hered.* XXIX, 2) (3). Quant à ceux qui gèrent, leur compétence pour autoriser le pupille en toute espèce d'actes n'est pas douteuse. Mais est-il nécessaire qu'ils se réunissent pour donner valablement leur *auctoritas*, ou bien l'autorisation d'un seul est-elle suffisante? Les Romains faisaient une distinction fort raisonnable. S'agissait-il de tuteurs testamentaires ou de tuteurs donnés sur enquête, c'est-à-dire de tuteurs présentant les garanties particulières d'un choix éclairé : il suffisait qu'un seul autorisât le pupille (Ulp., XI, § 26. — L. 5, C., *De auct. præst.*, V, 59) (4).

(1) Il ne faut appliquer cette qualification qu'aux tuteurs dont la responsabilité n'est que subsidiaire, et non pas à ceux qui, en fait ne gérant pas, sont réputés gérer. Les interprètes ont appelé les tuteurs qui gèrent *tutores onerarii*, par opposition aux tuteurs honoraires. Mais cette expression ne se rencontre pas dans les textes.

(2) Les textes classent à part une troisième espèce de tuteurs dont la situation n'est pas très-nettement définie; ce sont les tuteurs donnés *rei notitiæ gratia*, je veux dire pour éclairer les autres tuteurs à raison de la connaissance personnelle qu'ils ont des affaires du pupille. Ces tuteurs, fort probablement, ne gèrent pas. Il est vrai qu'ils peuvent recevoir des payements; mais il n'y a rien à conclure de là contre ce que j'avance : car les tuteurs honoraires eux-mêmes reçoivent valablement ce qui est dû au pupille. Au surplus, en leur qualité de conseillers et de surveillants des tuteurs qui gèrent, ils sont, au même titre et avec la même énergie qu'eux, responsables envers le pupille (L. 14 §§ 1 et 6, *De solut.*, XLVI, 3. — L. 32 § 1, *De test. tut.* — L. 1 § 7, *De tut. et rat.*).

(3) La distinction que je formule ici n'est pas absolument certaine; mais elle sert à concilier les deux textes cités.

(4) De là résultaient d'importantes conséquences. Ainsi le pupille, ayant plusieurs tuteurs testamentaires ou donnés sur enquête, avait-il un procès avec l'un d'eux, ou plus généralement avait-il besoin de contracter avec l'un de ses tuteurs : l'*auctoritas* de l'un des autres lui suffisait à cette fin (L. 5 pr. et § 2, *De auct. et cons.*), de sorte qu'on évitait ainsi la nomination du tuteur spécial dont il a été précédemment parlé (n° 147). De même, si le pupille a besoin de s'obliger envers deux

S'agissait-il de tous autres tuteurs : comme leur capacité et leur moralité n'avaient point été vérifiées, ils devaient se réunir pour autoriser tous ensemble (1). Justinien rejeta cette distinction et admit que l'*auctoritas* de l'un quelconque des tuteurs suffirait toujours, excepté dans les deux cas suivants : 1° s'il s'agit pour l'impubère de se donner en adrogation, l'*auctoritas* de tous est nécessaire, parce qu'il serait absurde que l'un des tuteurs pût perdre la tutelle sans le vouloir et sans le savoir; 2° si l'administration a été divisée, chaque tuteur n'autorise valablement que les actes qui rentrent dans son administration (L. 5, C., *De auct. præst.*).

IX. — DE LA CAPACITÉ DU PUPILLE, ET PLUS GÉNÉRALEMENT DES IMPUBÈRES.

Lib. I, tit. XXI, *De auctoritate tutorum*, pr. — Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est; namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore. Unde in his causis ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur; at invicem pupilli non obligantur.

§ 1. — Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessio-

Mais il y a des cas où l'*auctoritas* du tuteur est nécessaire aux pupilles, il y a des cas où elle ne l'est pas. Par exemple, s'ils stipulent qu'on leur donnera quelque chose, ils n'ont pas besoin d'être autorisés par le tuteur; ils en ont besoin, au contraire, lorsqu'ils promettent eux-mêmes à d'autres; car la règle admise est que le pupille peut faire sa condition meilleure sans l'*auctoritas* du tuteur, et ne peut la faire pire qu'avec cette *auctoritas*. Aussi par les actes qui engendrent des obligations mutuelles, comme les ventes, les louages, les mandats, les dépôts, si l'*auctoritas* du tuteur fait défaut, ceux qui contractent avec les pupilles s'obligent bien, mais ceux-ci de leur côté ne s'obligent pas.

Cependant les pupilles ne peuvent ni faire une adition d'hérédité,

correi stipulandi, les deux autorisations qui lui sont nécessaires peuvent ne pas lui être données l'une et l'autre par le même tuteur (L. 7 § 1, *De auct. et cons.*).

(1) Le motif que je donne n'est bon, quant aux tuteurs légitimes, que dans le dernier état du droit. Mais à l'origine, c'est parce que la tutelle constituait un droit pour eux tous qu'aucun d'eux ne pouvait donner séparément son *auctoritas*.

nem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat (1).

ni demander une possession de biens, ni recevoir la restitution d'une hérédité fidéicommissaire sans l'*auctoritas* du tuteur, et cela quand même la succession serait avantageuse et ne leur causerait aucun préjudice.

Lib. III, tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, § 9. — Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur : nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest (Gaius, III, § 107).

Le pupille fait valablement une opération quelconque, cela toutefois sous la condition que le tuteur intervienne là où son *auctoritas* est nécessaire, par exemple lorsque le pupille s'oblige; car il peut devenir créancier d'un tiers sans être autorisé par le tuteur.

§ 10. — Sed quod diximus utique de iis verum est qui jam aliquem intellectum habent : nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum; sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur (Gaius, III, § 108).

Mais ce que nous avons dit n'est absolument vrai que des pupilles qui ont déjà une certaine intelligence : quant à l'*infans* et à celui qui est encore voisin de l'*infantia*, ils ne diffèrent guère des fous; car les pupilles de cet âge n'ont aucune intelligence; mais pour ceux qui se rapprochent de l'*infans*, on leur a reconnu dans leur intérêt, et par une interprétation bienveillante, la même capacité qu'aux pupilles qui se rapprochent de l'individu pubère. Mais l'impubère, placé sous la puissance paternelle, ne s'oblige pas, même avec l'*auctoritas* de son père.

153. Pour avoir des idées précises sur la capacité des pupilles, il

(1) Il est bien visible que ces deux paragraphes se réfèrent exclusivement à la capacité du pupille, non aux pouvoirs du tuteur. Car ils se demandent non pas dans quel cas le tuteur peut agir, mais dans quel cas et à quelles conditions le pupille lui-même agit valablement. En effet, outre qu'ils supposent toujours le fait du pupille, ils considèrent la vente, le louage, la demande d'une possession de biens ou la restitution d'un fidéicommis comme exigeant l'*auctoritas*. Or sans doute elle est nécessaire quand c'est le pupille qui fait lui-même ces actes; mais on a vu (n° 146) que le tuteur peut très-bien les faire seul en sa qualité d'administrateur.

faut distinguer entre les *infantes* et les *non infantes*, et parmi ces derniers entre les *infantiæ proximi* et les *pubertati proximi*. Trois règles résumeront toute la matière : 1° le pupille *infans*, attendu qu'il est encore dépourvu de tout discernement, est considéré comme absolument incapable, par conséquent ne peut faire ni seul ni *tutore auctore* aucun acte juridique, et cela sans distinguer si l'acte tend à améliorer ou à empirer sa condition (Gaius, III, § 109. — Inst., § 10, *De inut. stip.*, III, 19); 2° le pupille *pubertati proximus* est le seul que l'on répute capable de commettre un vol ou un délit quelconque et de s'obliger à ces titres. C'est là, dans le dernier état du droit classique et dans celui de Justinien, la seule différence qui le sépare de l'*infantiæ proximus* (L. 13 § 1, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 1 § 6. *Ne vis fiat*, XLIII, 4. — L. 4 § 26, *De dol. mal. et met., exc.*, XLIV, 4. — L. 111, *De reg. jur.*, L, 17. — Inst., § 18, *De obl. quæ ex del.*, IV, 1); 3° tout pupille sorti de l'*infantia* fait valablement seul les actes qui rendent sa condition meilleure; mais, pour la rendre pire, il lui faut absolument l'*auctoritas* du tuteur (pr. *sup.*, *De auct. tut.*). Cette troisième règle demandera quelques développements spéciaux; les deux premières seront tout expliquées par la définition des expressions *infans*, *infantiæ proximus*, *pubertati proximus*.

154. Et d'abord qu'est-ce que l'*infantia?* Dans le dernier état du droit, il n'est pas douteux que ce mot désigne les sept premières années de la vie. Cela résulte de deux constitutions en date des années 407 et 426, et dont l'une appartient aux empereurs Arcadius, Honorius et Théodose, l'autre à Théodose et à Valentinien. La première figure au Code Théodosien (L. 8, *De bon. mat.*, VIII, 18), la seconde au Code Justinien (L. 18, *De jur. delib.*, VI, 30). Ces deux constitutions contiennent visiblement une innovation, et de là plusieurs interprètes, s'appuyant en outre sur un passage de Théophile (sur le § 10, *De inut. stip.*), et surtout sur le sens étymologique des mots *infans* et *infantia*, ont cru qu'à l'époque classique l'*infantia* cessait par la seule acquisition de la parole, de telle sorte que la capacité du pupille aurait varié selon le développement plus ou moins précoce de sa langue. On verra tout à l'heure quelle est la vraie portée des deux constitutions précitées. Quant à Théophile, il affirme bien, je le reconnais, que le pupille qui parle n'est plus un *infans;* mais ce qui écarte péremptoirement son témoignage, c'est qu'il prétend constater le droit de son époque; or, à ce point de vue, si on ne veut pas le taxer d'ignorance, tout au moins faut-il lui imputer une distraction assez étrange, puisque

de son temps, sans nul doute, l'*infantia* ne cessait jamais avant sept ans. Reste donc l'argument étymologique. Or, incontestablement, le mot *infans*, dans son sens originaire, signifie *qui ne parle pas* (*in* privatif, et *fari* parler) (Varron, *De ling. lat.*, VI, 52); et j'accorde sans difficulté que les textes emploient fort souvent comme synonymes de ce mot les expressions *qui fari* ou *qui loqui non potest*, de telle façon qu'à s'en tenir aux premières apparences, on croirait volontiers que l'incapacité absolue du pupille cesse dès qu'il commence à articuler nettement des paroles (L. 1 § 13, *De obl. et act.* XLIV, 7. — L. 141 § 2, *De verb. oblig.*, XXV, 1. — L. 5, *De div. reg. jur.*, L, 17). Mais une analyse attentive va nous démontrer que la langue du droit s'écarte ici, comme en bien d'autres cas, du sens étymologique, et que par le pupille *infans* ou *qui fari non potest* les jurisconsultes classiques entendent tout pupille au-dessous de sept ans, soit que réellement il ne parle pas encore, soit qu'il parle. Voici en ce sens les décisions que je crois les plus probantes : 1° Ulpien (L. 1 § 2, *De adm. et peric.*), supposant le pupille intéressé dans un procès, commence par poser en principe que le tuteur peut à son choix le faire figurer au procès en l'autorisant ou plaider lui-même. Cependant, ajoute-t-il, ce choix est rendu impossible par l'une ou l'autre de ces circonstances que le pupille est absent ou ne parle pas (*fari non possint*); dans ces cas il est nécessaire que le tuteur plaide lui-même, en sorte que l'autorisation implique un pupille présent et âgé de plus de sept ans (*qui supra septimum annum ætatis sunt*). N'y a-t-il pas ici une antithèse évidente entre le pupille qui ne parle pas et le pupille qui a dépassé sept ans? et par suite n'est-il pas visible que pour le jurisconsulte, c'est même chose que ne point parler ou n'avoir pas sept ans (1)? 2° Le même Ulpien suppose ailleurs (L. 70, *De verb. obl.*, XLV, 1) qu'une promesse a été faite à un pupille *infans*, et il lui refuse

(1) Le système contraire s'appuie aussi sur la loi 1 § 2, mais interprétée comme il suit : tant que le pupille ne parle pas, le tuteur doit plaider lui-même. Dès qu'il parle, le tuteur a le choix; mais ce choix cesse après l'âge de sept ans révolus, et dès lors le tuteur doit se restreindre au rôle d'*auctor*. Cette interprétation, difficile à trouver sans une idée préconçue, devient tout à fait inacceptable, quand on voit la même loi (§ 3) permettre au curateur de plaider lui-même au nom et sans la présence personnelle du mineur de vingt-cinq ans. Le § 4 est d'ailleurs formel pour permettre au tuteur d'agir seul. Comment comprendre, en effet, que le curateur ait plus de pouvoirs que le tuteur d'un pupille âgé de sept ans? Il est donc bien certain que ce texte seul n'aurait pas suggéré l'idée du système que je combats; c'est ce système qui a dû, par une interprétation violente, accommoder le texte à ses prétentions.

l'action *ex stipulatu* par cette raison que *fari non poterat*. Faut-il expliquer le texte par cette idée que, le pupille étant matériellement incapable de parler, il n'y a pas eu d'interrogation? Mais alors nous n'aurions plus ici qu'une décision naïve et inutile, puisqu'il n'y a pas de promesse, valable ou non, sans une interrogation préalable. Ulpien suppose donc que le pupille a interrogé le promettant; d'où il suit que les expressions *infans* et *qui fari non potest* sont bien synonymes, et que l'incapacité absolue du pupille, par conséquent l'*infantia*, ne cesse pas par la simple acquisition de la parole (1); 3° deux textes déjà cités (pages 337 et 352), et ce sont les plus probants, décident que le pupille, dès qu'il pourra parler, et encore qu'il ne comprenne pas le sens de ses actes, pourra faire seul la stipulation *rem pupilli salvam fore* et avec l'autorisation du tuteur faire adition d'une hérédité (L. 6, *Rem pup. salv.*, XLVI, 6. — L. 9, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2). Or ces textes présentent leurs décisions comme des décisions de faveur déterminées par des considérations d'utilité pratique. C'est donc qu'en règle générale, le développement de la faculté de parler ne relève pas le pupille de son incapacité absolue, par conséquent ne marque pas la limite de l'*infantia;* 4° enfin, il est remarquable que les fiançailles ne sont possibles qu'entre personnes ayant atteint l'âge de sept ans, cela parce qu'elles exigent, au moins en règle générale, le consentement des deux fiancés, et que jusqu'à cet âge l'enfant n'est pas réputé capable de comprendre et de vouloir (L. 14, *De spons.*, XXIII, 1).

En résumé, il ressort de cette revue de textes que l'*infantia* ne correspond pas à un simple fait matériel, au défaut de parole. Elle désigne dans son ensemble la première phase que traverse l'être humain, celle dans laquelle la sensation domine encore, et où l'intelligence, déjà éveillée, mais peu maîtresse de ses conceptions, imprime en elle-même les images du monde extérieur plutôt qu'elle ne combine des idées pour en tirer des jugements. Si les jurisconsultes prolongent cette phase jusqu'à l'âge de sept ans, c'est qu'ils obéissent à une théorie de certains philosophes anciens d'après laquelle de sept ans en sept ans il s'opérerait dans l'homme une transformation physique et morale. Et cette conception de l'*infantia* se retrouve nettement formulée

(1) On peut consulter plusieurs autres textes d'où il résulte qu'il y a un âge légal en deçà duquel l'impubère est réputé n'avoir aucun discernement et ne peut pas stipuler (L. 9 pr., *De adm. et peric.* — L. 14, *De s. c. t. Sil.*, XXIX, 5).

ou supposée dans plusieurs monuments de la littérature latine (1), en sorte que la jurisprudence ne fit ici qu'ériger en règle de droit et traduire en conséquences pratiques une idée qui pour les anciens faisait partie de ce bagage de notions vraies ou fausses, mais vulgairement reçues, qu'on appelle le sens commun.

Mais ma conclusion n'est-elle pas contrariée par les deux constitutions précédemment citées? Nullement. Il résulte de la combinaison des règles relatives aux pouvoirs du tuteur et à la capacité du pupille que régulièrement celui-ci, jusqu'à l'expiration de l'*infantia*, n'aurait pu acquérir aucune hérédité : mais par faveur on lui permettait, dès qu'il pouvait parler, de faire adition *tutore auctore*. Or il y avait, d'une part, quelque chose de bouffon dans cette autorisation donnée à un enfant dépourvu de tout discernement; et d'autre part, ce correctif tel quel restait inapplicable au pupille qui ne parlait pas encore. Que font donc les empereurs? Ils décident que, tant que le pupille restera *infans*, c'est-à-dire, disent-ils, jusqu'à sa septième année révolue, et cela sans distinguer s'il parle ou non, son tuteur pourra faire adition d'hérédité en son nom et à titre d'administrateur. Il est donc bien visible que leur innovation ne porte pas sur la définition de l'*infantia :* elle se borne à effacer la conséquence la plus rigoureuse, la seule vraiment inique, de l'incapacité absolue des *infantes*. Si l'on aime mieux, on peut dire qu'autrefois l'*infantia* cessait exceptionnellement, en ce qui concerne l'adition d'hérédité, par l'apparition de la parole, et que désormais elle se prolongera jusqu'à sept ans pour cet acte comme pour les autres, mais cela sans que les intérêts du pupille en souffrent.

155. J'ai dit que les pupilles sortis de l'*infantia* se divisent en *infantiæ proximi* et en *pubertati proximi;* et il est bien clair, une fois admis que l'*infantia* comprend les sept premières années de la vie, que cette distinction s'applique seulement aux pupilles qui ont dépassé l'âge de sept ans. C'est donc à tort que Théophile (sur le § 10, *De inut. stip.*) appelle *infantiæ proximus* celui qui, parlant à peu près correctement, n'a pas atteint sept ou huit ans, et *pubertati proximus* celui qui est au-dessus de cet âge. Je n'admets pas davantage l'opinion de

(1) Il faut citer en ce sens Juvénal (Sat., XIV, v. 10 et s.), Quintilien (I, cap. I, nº 4), Macrobe (Songe de Scipion, I, 6) et Isidore de Séville (*Orig.*, XI, 2 et 9). Ces deux derniers auteurs expriment très-formellement que la faculté de parler n'est complète qu'à sept ans; et leur témoignage, bien que postérieur aux constitutions que je cite, est d'un grand poids pour la détermination du droit ancien, parce qu'il reproduit une opinion indépendante de la loi et qui a dû agir sur elle.

quelques interprètes qui, divisant en deux parties exactement égales la période intermédiaire entre l'*infantia* et la puberté, croient que la *proximitas infantiæ* va forcément de sept ans à dix ans et demi et qu'à cette dernière limite commence la *proximitas pubertati* (1). La vérité est que cette distinction se réfère exclusivement à l'état intellectuel du pupille, qu'en conséquence elle exige toujours dans la pratique l'examen d'une question de fait. Le *proximus infantiæ* est celui qui n'a guère plus de discernement que l'*infans;* le *pubertati proximus*, celui dont l'intelligence plus précoce se rapproche déjà de la maturité que la puberté suppose; de telle sorte qu'en fait, un enfant de treize ans peut compter encore parmi les *infantiæ proximi*, et à l'inverse un enfant de huit ans se ranger déjà parmi les *pubertati proximi*. Primitivement, cette distinction présenta un grand intérêt; car la jurisprudence tenait le *proximus infantiæ* pour aussi absolument incapable que l'*infans*. Mais comme il résultait de cette assimilation que certains actes, exigés par l'intérêt du pupille, demeuraient impossibles jusqu'à ce qu'il eût atteint un âge relativement avancé, on admit de bonne heure qu'en ce qui concerne les actes juridiques, les actes licites, on ne ferait plus aucune différence entre les pupilles sortis de l'*infantia*. Telle était déjà la règle au temps de Gaius (III, § 109), et à plus forte raison est-ce celle que consacre la législation de Justinien (Inst., § 10, *De inut. stip.*, III, 19). Dès lors la distinction des *infantiæ* et des *pubertati proximi* n'eut plus de signification qu'en matière de dol et de délits. Le pupille *proximus pubertati*, comprenant le sens de ses actions, fut tenu pour capable de s'obliger *ex dolo* et *ex delicto*, tandis que l'*infans* et l'*infantiæ proximus* en demeurèrent incapables : ils pouvaient bien accomplir l'acte matériel qui préjudicie à un tiers ou que la loi prohibe ; mais ils n'en pouvaient mesurer la portée et n'en étaient pas responsables (n° 153).

156. Quelle est donc, relativement aux actes juridiques, et en nous plaçant dans le dernier état du droit classique, la capacité du pupille sorti de l'*infantia?* En d'autres termes, à quelles conditions, agissant seul, fera-t-il un acte valable? Les Institutes (pr. *sup.*, *De auct. tut.*) posent la règle dans les termes suivants : le pupille peut bien faire seul sa condition meilleure, mais il ne peut la rendre pire qu'avec l'*auctoritas*

(1) Dans une opinion moins sérieuse encore et fondée sur un texte mal compris (L. 17 pr., *De excus.*, XXVII, 1), le pupille ne serait *proximus pubertati* que dans les six mois qui précèdent immédiatement l'âge de puberté.

du tuteur. Ces expressions, *faire sa condition meilleure, faire sa condition pire*, offrent par elles-mêmes un certain vague. Mais la portée en est très-nettement déterminée par les textes. La première correspond aux trois termes suivants : 1° acquérir la propriété, la possession, ou un droit réel quelconque ; 2° acquérir un droit de créance ; 3° cesser d'être débiteur (Gaius, II, § 83. — pr. *sup.*, — L. 2, *De accept.*, XLVI, 4). La seconde correspond aux trois termes inverses : 1° aliéner ; 2° s'obliger ; 3° cesser d'être créancier (Gaius, II, §§ 80 et 84. — pr. *sup.*, *De auct. tut.*) (1). De sorte qu'en dernière analyse, lorsqu'il s'agit pour le pupille de devenir propriétaire ou créancier ou d'obtenir sa libération, il peut indifféremment agir seul ou autorisé par son tuteur, tandis qu'au contraire, pour les actes tendant aux résultats inverses, sa capacité propre est insuffisante, et, si elle n'a pas été complétée par l'intervention du tuteur, l'acte est absolument dépourvu de valeur.

Nulle difficulté sur l'application de ce principe, quand il s'agit d'actes simples qui produisent exclusivement l'un des résultats indiqués (2). Ainsi, que le pupille soit débiteur et que son créancier

(1) Ce troisième terme rentre dans l'aliénation largement entendue. Tel est bien le point de vue de Gaius (II, § 84) et de Justinien (Inst., § 2 *in fine*, *Quib. alien. lic.*, II, 8). Mais j'ai pensé que la clarté gagne à une analyse plus complète. Au surplus, la double énumération qui correspond aux expressions des Institutes embrasse tous les actes juridiques possibles (*omnia negotia*), et il est facile de voir que les actes de la première série sont ceux qui, par essence, nous enrichissent, et les actes de la seconde ceux qui essentiellement nous appauvrissent ; mais alors pourquoi ne pas traduire ainsi la règle des Institutes : le pupille a pleine capacité pour s'enrichir, il a besoin de l'*auctoritas* du tuteur pour s'appauvrir ? Cette manière de parler pourrait jeter la confusion dans les esprits et conduire à une double erreur : 1° supposons que le pupille vende pour un prix élevé une chose sans valeur ou à l'inverse qu'il vende à vil prix une chose précieuse. On serait porté à croire que, dans le premier cas, il fait sa condition meilleure ; que dans le second cas il la fait pire. Or la vérité, ainsi qu'on va le voir, c'est que dans les deux cas il rend sa condition à la fois meilleure et pire. On voit donc que ces expressions ne sont pas synonymes de celles-ci : *faire une bonne* ou *une mauvaise affaire*, et que c'est la nature de l'acte, non son résultat final, qu'il faut considérer ; 2° on a vu (n° 148) que le tuteur n'autorise pas valablement le pupille dans les actes qui tendent à diminuer son patrimoine. La formule que je repousse conduirait à croire en conséquence que le pupille ne peut pas, même avec l'*auctoritas* du tuteur, faire sa condition pire. Or cela n'est vrai que des actes gratuits. Mais il arrive bien souvent qu'un acte qui rend pire la condition du pupille n'est pas fait gratuitement et même contient un grand avantage. C'est ce qui aurait lieu si, recevant en payement une chose supérieure à la chose due, il faisait acceptilation au débiteur. Ici l'*auctoritas* intervient très-valablement.

(2) Les actes dont je parle ici sont nécessairement unilatéraux, je veux dire qu'ils

veuille lui faire une remise gratuite, il la recevra très-valablement seul (L. 28 pr., *De pact.*, II, 14. — L. 2, *De accept.*, XLVI, 4). Car sa condition en deviendra purement et simplement meilleure. Même décision, lorsqu'un tiers lui fait une mancipation ou une promesse à titre de donation. En sens inverse, il est évident que le pupille qui ferait gratuitement une remise de dette, une mancipation ou une promesse, ferait un acte nul : car il rendrait purement et simplement sa condition pire. Mais où le principe entraîne une véritable difficulté, c'est lorsqu'il s'agit d'actes complexes, rendant tout à la fois meilleure et pire la condition du pupille. C'est ce qui arrive notamment lorsqu'il fait ou reçoit un payement. Est-ce lui qui paye: il rend sa condition meilleure, puisque l'acte tend à le libérer; il la rend pire en ce que l'acte implique aliénation. Reçoit-il le payement: sa condition devient meilleure, puisqu'il acquiert la propriété de la chose payée; elle devient pire en ce que l'acte tend à lui enlever un droit de créance. Le même résultat se présente dans tous les contrats qualifiés synallagmatiques, c'est-à-dire dans ceux qui, comme la vente, le louage, la société, obligent immédiatement les deux parties, ou qui, comme le mandat ou le dépôt, n'obligent au début que l'un des deux contractants, mais peuvent aboutir après coup à obliger l'autre lui-même. Dans toutes ces hypothèses, pour apprécier la valeur de l'acte fait par le pupille non autorisé, il faut le ramener par l'analyse aux éléments simples dont il se compose, et le tenir pour valable en tant qu'il améliore la condition du pupille, pour nul en tant qu'il l'empire. Ainsi le pupille a-t-il consenti un contrat de vente : nous déciderons qu'il est bien devenu créancier du prix, mais qu'il n'a pas pu devenir débiteur de la chose. Il sera donc investi de l'action *venditi* sans être soumis à l'action *empti* (pr. *sup.*, *De auct. tut.* — L. 13 § 29, *De act. empt.*, XIX, 1). Tel est le résultat logique du principe. Reste, ce que n'ont pas fait les Institutes, à le concilier avec cette règle d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 206, *De reg. jur.*, L, 17). Or Antonin le Pieux, consacrant très-probablement une jurisprudence antérieure, fit l'application expresse de cette règle au

ont pour tout résultat de rendre l'une des parties qui y figurent propriétaire, créancière ou débitrice. Mais cela ne signifie pas que tout acte de ce genre fasse purement et simplement meilleure ou pire la condition du pupille. Ainsi nous allons voir que dans le *mutuum* et le payement, qui sont des actes unilatéraux, ces deux effets se trouvent réunis. Ils le sont également dans une acceptilation et dans un pacte *de non petendo* qui n'interviennent pas à titre gratuit

pupille, en décidant que dans tous les cas où il aurait traité *sine auctoritate tutoris*, il serait tenu jusqu'à concurrence du profit que l'acte lui aurait procuré (L. 5 pr., *De auct. et cons.* — L. 3 pr., *Comm.* XIII, 6) (1). Pour bien faire saisir la combinaison des deux principes, celui qui détermine l'incapacité du pupille, celui qui lui refuse le droit de s'enrichir aux dépens d'autrui, je me placerai dans l'espèce d'une vente par lui consentie, et je distinguerai trois hypothèses :

Première hypothèse : La vente n'a reçu aucune exécution. — Si c'est le pupille qui agit pour obtenir le payement du prix, son action est fondée : mais l'acheteur est muni d'une exception *doli mali* dont la portée est facile à déterminer. Il dit au pupille : Si je vous paye, ce payement va constituer entre vos mains un profit net que j'aurais le droit de vous redemander immédiatement. Donc, ou refaisons la vente, refaisons-la valablement (2), ou je retiens le prix (L. 8 pr., *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4. — L. 7 § 1, *De resc. vend.*, XVIII, 5) (3). Si, au contraire, c'est l'acheteur qui poursuit le pupille pour obtenir la tradition de la chose vendue, celui-ci peut le repousser sans avoir besoin d'exception et en opposant directement la nullité de la vente. Mais, s'avisant ensuite de demander le prix, il succomberait lui-même devant une exception de dol, car il ne peut se faire payer une chose qu'il retient.

Seconde hypothèse : La vente a été exécutée d'un côté seulement. — Si c'est le pupille qui a déjà livré la chose, et cela sans autorisation. il la revendique valablement, n'ayant pas cessé d'en être propriétaire. Mais du même coup il s'enlève pour l'avenir la faculté d'exiger le prix. Que si, au contraire, c'est l'acheteur qui a fait le payement, il faut distinguer : a-t-il payé soit au tuteur, soit au pupille autorisé ou devenu pubère : la vente a été ratifiée, et la chose lui est due. A-t-il payé au pupille encore impubère et non autorisé : Une seule ressource lui reste ; c'est d'exiger la restitution du prix dans la mesure où le pupille en a profité.

(1) Le profit du pupille s'apprécie au moment de la *litis* contestatio (L. 47 pr., *De sol.*, XLVI, 3).

(2) La vente ne peut être refaite valablement que par le pupille autorisé ou devenu pubère, ou encore par le tuteur agissant seul. Mais le tuteur seul ne referait pas valablement un acte qu'il n'aurait pas eu *ab initio* le pouvoir de faire lui-même.

(3) Ce dernier texte raisonne sur l'hypothèse d'un pupille acheteur. Mais le principe reste le même évidemment, quel que soit le rôle du pupille dans le contrat de vente.

Troisième hypothèse : Enfin la vente a été exécutée par les deux parties. — Ici, en supposant que l'exécution ait précédé la puberté et n'ait pas été plus autorisée que le contrat, le pupille est admis comme précédemment à exercer la revendication de la chose, mais sous la charge de rendre la portion du prix dont il a profité. Quant à l'acheteur, il est dépourvu d'action pour exiger cette restitution, tant que le pupille ne revendique pas (1).

En résumé donc, la loi romaine ne nous donne pas le scandale d'un pupille gardant à la fois et la chose vendue et le prix de vente; et plus généralement, le pupille, auteur d'un acte qui fait sa condition à la fois meilleure et pire, ne sera jamais admis à faire valoir tout ensemble, en vue de réaliser un bénéfice, la nullité de ses propres obligations et la validité des obligations adverses. Maître de briser absolument le contrat ou de lui donner une solidité complète, en ce sens il tient entre ses mains le sort de l'autre partie contractante. Cette partie subit une perte, si cela est nécessaire pour éviter un appauvrissement au pupille, mais jamais le pupille ne s'enrichit à ses dépens. La règle posée aux Institutes revient donc tout simplement à affranchir ce dernier des conséquences ruineuses de ses actes pour les faire retomber sur les imprudents ou les spéculateurs qui n'ont pas craint de traiter avec lui.

157. Parmi les actes qui nécessairement améliorent et empirent tout à la fois notre condition, figure l'adition d'hérédité. Appréciée d'après le procédé d'analyse que nous avons appliqué à la vente, l'adition non autorisée investirait donc le pupille de tous les droits actifs compris dans l'hérédité, mais ne le soumettrait ni aux dettes ni aux legs. Sans doute, par application de la constitution précitée d'Antonin le Pieux, le pupille resterait toujours tenu envers les créanciers et les légataires jusqu'à concurrence du profit qu'il aurait réalisé et conservé. Mais quelques actes de dissipation suffiraient pour faire évanouir cette obligation. Or, deux motifs s'opposaient à la consécration d'un pareil résultat: 1° l'hérédité forme un tout indécomposable. On ne conçoit pas qu'un individu soit traité tout ensemble comme héritier et comme étranger

(1) Il est possible qu'une opération en elle-même synallagmatique se réalise sous la forme de deux opérations unilatérales. Par exemple, au lieu de vendre une chose, je la mancipe ou la livre, et je stipule de l'acquéreur une somme déterminée. Supposons cette opération faite par le pupille. Si c'est lui qui a aliéné, la revendication lui compète; mais, exercée par lui, elle assure son échec sur l'action *ex stipulatu*. Si c'est lui qui a promis, il ne peut refuser l'exécution de sa promesse qu'en rendant la chose reçue ou le bénéfice qu'il en a retiré.

à l'hérédité. Et c'est pourtant ce qui arriverait, si le pupille pouvait être investi de l'actif sans être tenu du passif; 2° l'adition d'hérédité, œuvre d'une seule volonté, n'est pas comparable aux contrats et autres actes qui impliquent concours de deux volontés. Quand, par exemple, je consens une vente à un pupille non autorisé, je suis tout au moins coupable de légèreté, et, si en définitive je subis un préjudice, c'est à moi-même, à moi seul, que je devrai l'imputer. Si, au contraire, l'adition d'hérédité faite par un pupille non autorisé pouvait compromettre les droits des créanciers et des légataires, ceux-ci seraient purement victimes du fait d'autrui, d'un fait qu'ils n'ont pas pu empêcher, et du hasard qui veut que la succession soit dévolue à un pupille. Étant donc admis que l'adition d'hérédité ne saurait être scindée dans ses effets, fallait-il la permettre ou l'interdire au pupille agissant seul? C'est ce dernier parti qu'adopte sagement la loi romaine. Pour les mêmes raisons, le pupille ne pourra pas non plus demander seul une *bonorum possessio* ou exiger la restitution d'un fidéicommis. Ces décisions, au surplus, s'appliquent sans distinguer si la succession est bonne ou mauvaise, le pupille étant réputé incapable d'apprécier avec sûreté les avantages ou les inconvénients qu'elle peut offrir (§ 1 *sup.*, *De auct. tut.*). La même raison devait faire décider que la répudiation d'une hérédité, d'une *bonorum possessio* ou d'un fidéicommis d'hérédité, lui est absolument interdite (L. 18, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2. — L. 2, *De auct. et cons.*).

158. Faut-il étendre aux fils de famille impubères, les principes qui viennent d'être exposés relativement à la capacité des pupilles (1)? L'affirmative conduirait aux deux propositions suivantes : 1° le fils de famille encore impubère, mais sorti de l'*infantia*, ferait valablement seul tous les actes qui rendent notre condition meilleure (2); 2° il pourrait faire, *patre auctore*, tous les actes qui rendent notre condition pire. — Or, de ces deux propositions la première a bien été admise; mais on a rejeté la seconde (§ 10 *sup.* — L. 141 § 2, *De verb. oblig.*, XLV, 1); de telle sorte qu'il n'est jamais question d'une *auctoritas patris*, et que l'incapacité de l'impubère fils de famille est beaucoup

(1) Même question et sans aucun doute même décision à l'égard des esclaves impubères.

(2) Faits par le fils de famille, ce n'est pas à lui que de tels actes profitent, c'est à son père C'est donc celui-ci dont la condition devient meilleure. Cependant, si le fils impubère a commis un délit, comme lui seul est obligé, la remise que le créancier lui ferait de son action lui profiterait à lui-même.

plus profonde que celle du pupille (1). Veut-on savoir à quoi tient cette différence entre les deux sortes d'impubères? Sans nul doute à ce que les pupilles ont ou peuvent avoir un patrimoine, tandis que les fils de famille n'en avaient jamais autrefois. Or, une bonne administration exige souvent qu'on aliène ou qu'on s'oblige. Le tuteur, il est vrai, possède les pouvoirs suffisants pour satisfaire lui-même à de telles nécessités. Mais il ne faut pas oublier que ses actes personnels l'engagent à l'égard des tiers et finalement peuvent lui préjudicier. Il était donc sage d'accorder au pupille une certaine capacité qui conciliât les intérêts de son patrimoine avec la réserve dans laquelle il pouvait convenir au tuteur de se renfermer. A l'inverse, une telle concession faite au fils de famille impubère eût été sans utilité pour son père, et n'aurait eu pour lui-même que des dangers sans compensation.

Cependant cette incapacité irrémédiable prolongée jusqu'à l'âge de puberté présentait un sérieux inconvénient pour le cas où le fils de famille était appelé à une hérédité. L'adition allait-elle donc rester impossible jusqu'au jour peut-être encore très-reculé de sa puberté? Et même ce jour arriverait-il jamais? Est-ce que l'impubère ne pouvait pas mourir encore incapable, et ainsi la succession échapper à son père? Aussi, dans l'intérêt même de ce dernier, on admit qu'il pourrait donner à son fils impubère l'ordre de faire adition, qu'il le pourrait, quand même le fils ne serait pas encore *consilii capax*, c'est-à-dire sans doute dès qu'il commencerait à parler (L. 8 § 1, *De acq. vel omitt.*, XXIX, 2) (2). Il suffit donc désormais au père, pour acquérir l'hérédité par l'intermédiaire de son fils, de lui faire prononcer machinalement quelques paroles, ou accomplir, sans qu'il en comprît la portée, quelque acte d'héritier. Plus tard, les mêmes constitutions impériales qui en 407 et 426 autorisèrent le tuteur à faire une adition d'hérédité au nom du pupille *infans*, permirent aussi au père de faire directement adition au nom de son fils tant que celui-ci n'aurait pas dépassé l'*infantia* (n° 154) (3); au-dessus de l'*infantia* elles laissèrent

(1) Aussi les textes qui assimilent, quant à la capacité juridique, les fils de famille et les pères de famille, ne doivent-ils s'entendre que des personnes pubères (L. 6 § 7, *De act. empt.*, XIX, 1. — L. 39, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

(2) La même décision s'appliquerait si c'était un esclave impubère qui eût été institué héritier. Au surplus, le *jussus* d'un père ou d'un maître diffère de l'*auctoritas tutoris*, en ce qu'il peut être donné d'avance et n'implique aucune solennité de paroles (page 343, note 3).

(3) Cette décision nouvelle est inspirée par l'intérêt du fils aussi bien que par

subsister les règles que je viens de décrire. L'adition d'hérédité mise à part, le fils de famille impubère reste, dans le droit de Justinien, aussi pleinement incapable d'aliéner et de s'obliger que d'après le droit ancien, et cependant il peut avoir, sous le nom de *bona adventitia*, des biens à lui (n° 298). Mais il faut remarquer que le père de famille, usufruitier de ces biens, les administre avec des pouvoirs assez larges pour que le fils de famille n'ait pas à souffrir de son incapacité personnelle.

X. — DE L'EXTINCTION DE LA TUTELLE.

Lib. I, tit. XXII, *Quibus modis tutela finitur*, pr. — Pupilli pupillæque, quum puberes esse cœperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas dignum esse castitate nostrorum temporum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.

§ 1. — Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati, item si in servitutem pupillus redigatur, ut ingratus, a patrono, vel ab hostibus fuerit captus.

Les pupilles des deux sexes, une fois arrivés à la puberté, sont libérés de la tutelle. Or les anciens voulaient qu'à l'égard des personnes du sexe masculin la puberté s'appréciât non-seulement d'après l'âge, mais aussi d'après l'état du corps. Mais notre majesté a jugé indigne de la moralité de notre époque d'appliquer aux enfants mâles cet examen du corps que l'antiquité elle-même avait trouvé peu décent à l'égard des femmes. Et c'est pourquoi par une de nos saintes constitutions nous avons décidé que les enfants mâles seraient pubères aussitôt après avoir atteint leur quatorzième année, la règle ancienne étant conservée à l'égard des femmes, de telle sorte que, leur douzième année atteinte, elles soient pubères.

Pareillement la tutelle finit par l'adrogation ou la déportation de l'impubère, ou encore s'il est réduit en servitude comme ingrat envers son patron, ou s'il est fait prisonnier par les ennemis.

celui du père, puisqu'à l'époque de Théodose le Jeune le fils de famille recueille déjà certaines successions pour son propre compte.

§ 2. — Sed et si usque ad certam conditionem datus sit testamento, æque evenit ut desinat esse tutor existente conditione.

Mais si le tuteur a été donné par testament jusqu'à l'arrivée d'une certaine condition, l'événement de la condition lui enlève aussi sa qualité de tuteur.

§ 3. — Simili modo finitur tutela morte vel pupillorum, vel tutorum.

Semblablement la tutelle finit par la mort du pupille ou du tuteur.

§ 4. — Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit : ceteræ non pereunt. Sed pupilli et pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.

Toute tutelle périt aussi par une *capitis deminutio* qui enlève au tuteur la liberté ou la cité. Mais par la *capitis deminutio minima* du tuteur, par exemple s'il se donne en adoption, la tutelle légitime périt, les autres ne périssent pas. Quant à la *capitis deminutio* du pupille ou de la pupille, quoique *minima*, elle éteint toutes les tutelles.

§ 5. — Præterea, qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.

En outre, les tuteurs testamentaires donnés pour un temps déterminé déposent la tutelle une fois ce temps écoulé.

§ 6. — Desinunt autem tutores esse, qui vel removentur a tutela ob id quod suspecti visi sunt, vel ex justa causa sese excusant et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea quæ inferius proponemus.

Cessent aussi d'être tuteurs ceux qui sont écartés de la tutelle comme suspects, ou qui s'excusent pour une cause légitime et s'affranchissent ainsi du fardeau de la tutelle à administrer, conformément aux règles qui seront tracées plus loin.

Lib. I, tit. XXVI, *De suspectis tutoribus vel curatoribus*, pr. — Sciendum est suspecti crimen ex lege Duodecim Tabularum descendere (Ulp., L. 1 § 2, *De susp. tut.*, XXVI, 10).

Il faut savoir que c'est la loi des Douze Tables qui a institué l'accusation du tuteur comme suspect.

§ 1. — Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romæ prætori, et in provinciis præsidibus earum et legato proconsulis (Ulp., L. 1 § 3, *De susp. tut*).

Mais le droit d'écarter les tuteurs comme suspects a été donné à Rome au préteur, dans les provinces à leurs présidents et au délégué du proconsul.

§ 2. — Ostendimus qui possint de suspecto cognoscere; nunc videamus qui suspecti fieri possint. Et

Nous avons montré quelles personnes connaissent du *crimen suspecti;* voyons à présent quels tu-

quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint sive non, sed alterius generis tutores. Quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc idem erit dicendum, dummodo meminerimus famæ patroni parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit (L. 1 § 5, *De susp. tut.*).

teurs peuvent être poursuivis comme suspects. Et la vérité est qu'ils le peuvent tous, soit qu'il s'agisse de tuteurs testamentaires ou d'une autre espèce de tuteurs. C'est pourquoi le tuteur légitime lui-même pourra être accusé. Que décider du patron? Il faut encore admettre l'accusation, mais en nous souvenant que la réputation du patron doit être ménagée, quoiqu'il ait été écarté comme suspect.

§ 3. — Consequens est ut videamus qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere. Quinimo et mulieres admittuntur, ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed eæ solæ quæ pietatis necessitudine ductæ ad hoc procedunt, utputa mater; nutrix quoque et avia possunt; potest et soror; sed et si qua alia mulier fuerit, cujus prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productæ, non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem (L. 1 §§ 6 et 7, *De susp. tut.*).

Voyons maintenant quelles personnes peuvent poursuivre les tuteurs comme suspects. Et il faut savoir que cette action est en quelque sorte publique, c'est-à-dire ouverte à tout le monde. Bien mieux, un rescrit de Sévère et d'Antonin admet même les femmes à l'exercer, mais celles-là seules que dirige un sentiment d'affection; ainsi la mère, la nourrice elle-même, l'aïeule, la sœur et toute autre femme qui, sans sortir de la réserve de son sexe, fera preuve d'une affection véritable, sera admise par le préteur à l'accusation.

§ 4. — Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum (1) suspectos possunt arguere, et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt (Ulp., L. 7 pr., *De susp. tut.*).

Les impubères ne peuvent poursuivre leurs tuteurs comme suspects; quant aux personnes pubères, elles peuvent, sur l'avis de leurs parents, poursuivre leurs curateurs comme suspects, et ainsi le décide un rescrit des empereurs Sévère et Antonin.

(1) Ne trouve-t-on pas ici, en germe et dans une forme encore peu déterminée, l'idée de notre conseil de famille? La même observation doit être faite à propos du mariage des enfants d'un fou, au sujet de l'adrogation des impubères, et surtout en ce qui concerne la détermination des personnes chargées de la garde du pupille et des sommes allouées pour son entretien (pages 188, 251, 334, 341, 358).

§ 5. — Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri idem Julianus scripsit, et secundum eum constitutum est.

Mais le tuteur suspect est celui dont la gestion est infidèle, bien qu'il soit solvable, et telle est la décision de Julien. Mais, même avant d'avoir commencé à gérer la tutelle, le tuteur peut être écarté comme suspect. C'est encore ce qu'a écrit Julien, et des constitutions ont consacré sa doctrine.

§ 6. — Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non æque.

Le tuteur suspect devient infâme quand il a été écarté pour dol; il ne le devient pas, s'il est écarté pour faute.

§ 7. — Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.

Une fois le tuteur poursuivi comme suspect, l'administration lui est interdite pour toute la durée du litige, ainsi que le décide Papinien.

§ 8. — Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

Mais si, une fois l'affaire commencée, le tuteur ou le curateur vient à mourir, la poursuite est éteinte.

§ 9. *Suite.* — Ergo ut suspectus removeri poterit qui non præstat alimenta.

Donc peut être écarté comme suspect celui qui ne fournit pas des aliments.

§ 11. — Libertus quoque, si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad præfectum urbis remittitur puniendus (Ulp., L. 2, *De susp. tut.*).

L'affranchi aussi, s'il est prouvé qu'il a frauduleusement géré la tutelle des enfants ou des petits-enfants de son patron, doit être renvoyé devant le préfet de la ville chargé de le punir.

§ 12. — Novissime sciendum est eos qui fraudulenter tutelam vel curam administrant, etiamsi satis offerant, removendos a tutela, quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari pupilli facultatem præstat (Ulp. et Callist., LL. 5 et 6, *De susp. tut.*).

Enfin il faut savoir que ceux qui administrent frauduleusement une tutelle ou une curatelle, doivent être écartés, quand même ils offriraient caution, parce que la satisdation fournie par le tuteur ne corrige pas la perversité de ses intentions, mais ne fait que lui donner la faculté de dilapider plus longtemps le patrimoine du pupille.

§ 13. — Suspectum enim eum putamus qui moribus talis est ut sus-

En effet, nous estimons suspect celui que sa conduite nous autorise à

pectus sit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

considérer comme tel. Quant au tuteur ou au curateur fidèle et diligent, quoique pauvre, il ne doit pas être écarté comme suspect.

159. La tutelle finit ou *a parte pupilli*, c'est-à-dire par un événement relatif au pupille, ou *a parte tutoris*, c'est-à-dire par un événement relatif au tuteur. Dans le premier cas, il n'y a plus de tuteur parce qu'il n'y a plus de pupille. Dans le second cas, c'est moins la tutelle qui cesse que les pouvoirs du tuteur. Aussi devient-il nécessaire d'en nommer immédiatement un autre. Néanmoins on a pu et on a dû considérer la cessation des pouvoirs du tuteur comme équivalant à l'extinction de la tutelle elle-même, en ce sens qu'elle rend le compte du tuteur exigible comme s'il n'y avait plus de pupille.

La tutelle cesse *a parte pupilli*, par les cinq faits suivants : 1° le pupille parvient à l'âge de puberté (n° 82); 2° il meurt; 3° il encourt l'esclavage *jure civili* (1); 4° il perd le droit de cité (2); 5° il change de famille, par exemple en se donnant en adrogation (pr., §§ 1, 3 et 4 *sup.*, *Quib. mod. tut.*). Ces trois derniers faits peuvent se résumer dans une seule formule : le pupille subit une *capitis deminutio* quelconque.

La tutelle cesse *a parte tutoris* par l'une des sept circonstances dont voici l'énumération : 1° le tuteur décède; 2° le terme arrive, ou la condition *ad quam* se réalise; 3° il fait accepter par le magistrat une excuse *a suscepta tutela;* 4° il perd le droit de cité; 5° il devient esclave *jure civili* (3); 6° le tuteur subit une *minima capitis deminutio.* Mais ce mode d'extinction s'applique exclusivement à la tutelle légitime et à

(1) Que décider si le pupille est fait prisonnier? Très-probablement, la tutelle est considérée comme provisoirement finie, sauf à recommencer si, encore impubère, il recouvre la liberté dans les conditions voulues pour jouir du *postliminium* (arg. des textes ci-dessous cités à la note 3).

(2) Le pupille évidemment ne peut perdre la liberté ou la cité qu'autant qu'il est *proximus pubertati*, c'est-à-dire capable de comprendre et de vouloir. Comment, en effet, cesserait-il d'être citoyen romain? par l'effet d'une peine? Mais nulle peine n'est prononcée contre un individu non encore responsable de ses actes (L. 7, *De pœnis*, IX, 47). Par le fait d'autrui? Mais cela serait contraire au principe d'après lequel nul ne saurait être dépouillé malgré soi de son *jus civitatis* (n° 48).

(3) Si le tuteur est fait prisonnier, la tutelle cesse en ce sens que son compte devient exigible tout de suite. Mais il la recouvrera par l'effet du *postliminium* (L. 7 § 1. — L. 8 *De tut. et rat.*, XXVII, 3).

la tutelle fiduciaire (1), les seules fondées sur des rapports que brise la *minima capitis deminutio;* je parle des rapports dérivant de l'agnation et du patronage (2); 7° le tuteur est destitué comme *suspectus* en vertu d'une poursuite organisée par la loi des Douze Tables et connue sous le nom de *Suspecti crimen* (§§ 2 à 6 *sup.*, *Quib. mod. tut.* — pr. *sup.*, *De susp. tut.*). Ce dernier mode de dissolution de la tutelle exige quelques détails.

160. On appelle *suspectus* le tuteur dont la gestion atteste soit la fraude, soit une négligence assez grossière pour être assimilée à la fraude (L. 7 § 1, *De susp. tut.* XXVI, 10) (3). Et, en employant ce mot gestion, je n'entends pas dire que le *suspecti crimen* suppose nécessairement des actes positifs. Ainsi on écarte le tuteur qui se cache pour ne pas fournir des aliments au pupille et celui qui s'obstine à ne pas administrer (§ 9 *sup.*, *De susp. tut.* — LL. 2 et 3, C., *De susp. tut.*, V. 43). Et il va de soi que jamais ni la fortune personnelle du tuteur ni l'offre qu'il peut faire d'une caution très-solvable n'empêchent la poursuite (§ 12 *sup.*, *De susp. tut.*). Ainsi l'exige l'intérêt du pupille.

(1) Du texte des Institutes (§ 4 *sup.*, *Quib. mod. tut.*) on pourrait être porté à induire que la *capitis deminutio* du tuteur ne faisait cesser que la tutelle légitime. Mais je n'hésite pas à croire que l'expression *legitima tutela* désigne ici toute tutelle déférée directement par la loi. Ne serait-il pas absurde, en effet, que la *capitis deminutio* enlevât la tutelle au père émancipateur, tuteur légitime, et ne l'enlevât ni à ses enfants ni au *manumissor extraneus?* Est-ce que la vocation de ces derniers à la tutelle ne repose pas, comme la sienne, sur une vocation à la succession légitime, vocation qu'ils perdent comme lui par la *capitis deminutio* (n° 439)?

(2) On a fort discuté en cette matière sur un texte de Paul (L. 7 pr., 1re phr., *De cap. minut.*, IV, 5). La *capitis deminutio* n'éteint, dit-il, que les tutelles *quæ in jure alieno personis positis deferuntur*, c'est-à-dire, ce semble, celles qui peuvent être déférées à des fils de famille, en d'autres termes celles qui ne descendent pas directement de la loi. Ainsi entendu, ce texte contredit et les Institutes et plusieurs textes d'Ulpien (XI § 17. — L. 11, *De tut. et rat.*, XXVII, 3). Ce qui est plus grave, Paul serait en contradiction avec lui-même (3e phrase). L'explication la plus vraisemblable consiste, selon moi, à suppléer avant le mot *deferuntur* une négation probablement omise par les copistes. D'autres, s'appuyant sur le scoliaste des Basiliques, traduisent ainsi le texte de Paul : les tutelles qu'éteint la *capitis deminutio* du tuteur sont celles qui n'appartiennent qu'à des personnes restées en la puissance de leur père jusqu'à sa mort, c'est-à-dire précisément les tutelles déférées aux agnats ou aux enfants du patron. Dans cette explication Paul exprimerait obscurément l'idée que les Institutes ont rendue avec clarté. Au surplus, le principe étant hors de doute, la question se réduit à savoir ce que Paul veut dire et s'il ne se contredit pas. Elle est donc dénuée d'importance.

(3) On voit par là que le *crimen suspecti* n'atteint pas tout tuteur qui manque à ses obligations, puisque dans la doctrine définitive des Romains le tuteur est tenu même de la faute légère (n° 150).

Le même motif exclut, du moins dans le dernier état du droit, toute distinction entre les diverses espèces de tuteurs. Cependant, à la manière même dont les Institutes s'expriment d'après Ulpien (§ 2 *sup.*, *De susp. tut.*), on peut croire que très-anciennement les tuteurs légitimes échappaient toujours au *suspecti crimen*, et il faut reconnaître que cette doctrine si déraisonnable découlait fort logiquement de la fausse conception qui présida à l'organisation primitive des tutelles légitimes (n° 123).

Le *suspecti crimen*, son nom suffit pour l'indiquer, ne constitue pas une action pécuniaire, mais il ressemble à une poursuite criminelle. Il donne lieu à une accusation. Et de là notamment trois conséquences importantes : 1° le tuteur peut être poursuivi par tout le monde, tandis que les actions pécuniaires n'appartiennent qu'à la partie intéressée; et c'est ce que Justinien (§ 3 *sup.*, *De susp. tut.*) veut exprimer en qualifiant le *suspecti crimen quasi publica actio* (1). Cependant le droit d'accuser nous apparaît ici tout à la fois plus restreint et plus étendu que ne le comportent les règles du droit commun. Il est plus restreint, car le pupille, admis en principe à poursuivre les crimes qui l'atteignent personnellement, ne peut pas intenter contre son tuteur le *crimen suspecti* (§ 4 *sup.*, *De susp. tut.*). Il est plus étendu, en ce que les femmes, généralement incapables de poursuivre un crime qui ne les atteint pas, peuvent sans difficulté accuser un tuteur comme suspect. Leur accusation sera toujours reçue, pourvu qu'elle paraisse déterminée par le mobile de l'affection (§ 3 *sup.*, *De susp. tut.*) (2); 2° le *suspecti crimen* ne donne pas lieu à la rédaction d'une formule et au renvoi devant un juge; mais le magistrat lui-même statue sur le fond. La compétence pour en connaître appartient à Rome au préteur, dans les provinces au président. La même compétence fut reconnue, mais

(1) Nombre d'auteurs ont vu dans cette qualification une assimilation partielle du *suspecti crimen* aux *judicia publica;* et telle est peut-être bien la pensée de Justinien qui caractérise le *judicium publicum* par cette circonstance qu'il appartient à tout le monde (Inst., § 1, *De publ. jud.*, IV, 18). Mais telle n'était pas, à coup sûr, la pensée d'Ulpien, ou autrement il se serait trompé sur le caractère distinctif du *judicium publicum*, puisque beaucoup d'actions criminelles sont ouvertes à tout le monde sans qu'on les classe pour cela parmi les *judicia publica*.

(2) Si c'est pour tous un droit que de poursuivre le tuteur *suspectus*, ce n'est, en principe, une obligation pour personne, excepté pour les cotuteurs (L. 2, C., *De divid. tut.*, V, 52). Qu'arriverait-il donc, si nul n'intentait l'accusation? Le magistrat pourrait poursuivre d'office, du moins en supposant les faits très-graves (L. 3 § 4, *De susp. tut.*). C'est ce que l'on admit aussi en matière de crimes (L. 7, C., *De accus.*, IX, 2. — L. 1, C., *De cust. reor.*, IX, 4).

non sans discussion (1), aux *legati* de ces magistrats (§ 1 *sup.*, *De susp. tut.* — L. 4, pr., *De off. ejus cui mand.*, I, 21. — L. 1 § 4, *De susp. tut.*); 3° non-seulement la fin de la tutelle met obstacle à l'introduction du *suspecti crimen*, mais elle arrête toute poursuite déjà commencée et organisée, et cela sans distinguer si la tutelle cesse par la mort du tuteur ou par tout autre fait relatif soit au tuteur lui-même, soit au pupille (§ 8 *sup.*, *De susp.* — L. 11, *De susp.* — L. 1, C., *eod.*).

Quelles sont les conséquences du *suspecti crimen?* Fondé ou non, il emporte provisoirement pour le tuteur interdiction absolue de faire aucun acte d'administration, même de recevoir un payement que recevrait valablement un tuteur honoraire (§ 7 *sup.*, *De susp. tut.* — L. 14 § 1, *De solut.*, XLVI, 3). Si l'accusation échoue, le tuteur reprend son administration. Si elle triomphe, il est remplacé par un tuteur Atilien (n° 135). En outre, il peut encourir l'infamie et une peine corporelle. Mais l'infamie n'atteint que les tuteurs coupables de dol (§ 6 *sup.*, *De susp.* — L. 9, C., *De susp.*, V, 43), et encore faut-il supposer que ce ne sont ni des patrons ni des ascendants (§ 2 *sup.*, *De susp. tut.*) (2). Quant aux peines corporelles, elles sont applicables, en toute hypothèse de fraude, au tuteur qui est l'affranchi du père du pupille, et, pour des faits d'une gravité exceptionnelle (*facta atrociora*), à tout tuteur *plebeius* (§ 11 *sup.*, *De susp.* — L. 1 § 8, *De susp. tut.*).

XI. — DES ACTIONS RÉSULTANT DE LA TUTELLE, ET DES DIVERS MODES DE PROTECTION ORGANISÉS EN FAVEUR DU PUPILLE.

Lib. I, tit. XX, *De Atiliano tutore*, § 7. — Quum igitur pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ judicio rationes reddunt.

Comme les affaires des pupilles sont gérées par leurs tuteurs, ceux-ci, une fois la puberté atteinte, rendent compte par l'action de tutelle.

(1) D'où pouvait naître le doute? Très-probablement de ce que les *legati* du magistrat n'avaient pas le droit de nommer des tuteurs sans y être autorisés par une loi formelle (n° 135). Mais pourquoi n'avaient-ils pas ce droit? Parce que le magistrat ne peut déléguer que ses attributions normales, non celles qu'il tient d'une loi spéciale (n° 135). Tout au contraire, la connaissance du *suspecti crimen* est naturellement comprise dans la *jurisdictio*, et voilà pourquoi sans difficulté elle devait appartenir aux *legati magistratuum*.

(2) Ni les Institutes ni le texte d'Ulpien qu'elles reproduisent n'indiquent que les ascendants échappent à l'infamie. Mais c'est une déduction naturelle de la règle d'après laquelle le descendant ne peut pas plus diriger une action infamante contre son ascendant que l'affranchi contre son patron.

Lib. I, tit. XXIV, *De satisdatione tutorum vel curatorum*, § 2. — Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis vel adultis ceterisque personis ex administratione rerum teneri; sed etiam in eos qui satisdationem accipiunt subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idonee passi sunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentium responsis, quam ex constitutionibus imperialibus, etiam in herédes eorum extenditur.

Mais il faut savoir que non-seulement les tuteurs ou curateurs sont tenus, par suite de leur administration, envers les pupilles, les adultes ou les autres personnes, mais ceux qui reçoivent la satisdation sont aussi tenus d'une action subsidiaire destinée à donner à ces personnes une ressource suprême. Cette action subsidiaire est donnée contre eux, soit qu'ils aient absolument négligé d'exiger une caution des tuteurs ou curateurs, ou qu'ils les aient laissés présenter une caution insolvable. Et cette action, d'après les réponses des prudents, comme d'après les constitutions impériales, se transmet contre leurs héritiers.

§ 4. — Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quis alius cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur; sed hi tantummodo qui satisdationem exigere solent (Ulp., L. 1 § 1, *De mag. conv.*, XXVII, 8).

Mais ni le préfet de la ville, ni le préteur, ni le président de la province, ni aucun autre magistrat ayant le droit de donner des tuteurs ne seront tenus de cette action : elle n'est possible que contre ceux qui ont l'habitude de recevoir la satisdation.

161. Deux actions découlent régulièrement de la tutelle, l'une au profit du pupille, c'est l'action *directa tutelæ* ou action en reddition de compte; l'autre au profit du tuteur, c'est l'action *contraria tutelæ*, action par laquelle il se fait indemniser du dommage que lui a causé l'exécution de ses obligations (1).

(1) L'action donnée au pupille est dite *directa*, parce qu'elle sanctionne une obligation qui est la conséquence immédiate et nécessaire de la tutelle. Il est impossible, en effet, que le tuteur ne soit pas obligé envers le pupille. Tout au contraire, l'action donnée au tuteur est appelée *contraria*, parce qu'elle consacre une obligation accidentelle que la tutelle n'engendre qu'après coup et qu'elle pourrait ne pas engendrer. Si, en effet, le tuteur n'eût ni déboursé son argent ni contracté des obligations dans l'intérêt du pupille, celui-ci ne lui devrait rien. Cette même terminologie se retrouve toutes les fois que deux actions de même nom naissent d'un contrat ou d'un quasi-contrat imparfaitement synallagmatiques.

Ces deux actions ne peuvent être intentées que lorsque le tuteur est dessaisi de ses fonctions par une cause quelconque (L. 4 pr.; L. 9 § 4, *De tut. et rat.*, XXVII, 3. — L. 1 § 3, *De cont. tut.*, XXVII, 4). En d'autres termes, et sous une forme plus abstraite, on considère que toutes les obligations du tuteur se fondent en une seule, rendre compte de sa gestion (1), comme à l'inverse et réciproquement toutes celles du pupille se résument à l'indemniser, s'il y a lieu, des frais que cette gestion lui aurait coûtés. Or tant que dure la tutelle, la balance oscille tantôt en faveur de l'un, tantôt en faveur de l'autre; et le tuteur, qui aujourd'hui touche l'argent du pupille, demain peut-être lui fera des avances : c'est donc seulement à l'expiration de ses fonctions qu'il est possible d'établir un compte définitif se soldant sans retour en faveur de celui-ci ou de celui-là (2).

L'action *directa tutelæ*, création du droit civil, exista toujours, tandis que l'action *contraria tutelæ*, création prétorienne, n'apparut qu'assez tard (3). J'ai déjà (n° 145) signalé la longue persistance de cette lacune et montré qu'elle eut pour conséquence forcée l'impossi-

(1) Je trouve dans un texte d'Ulpien (L. 11, *De tut. et rat.*) une remarquable conséquence de cette unité d'obligation. Le jurisconsulte suppose qu'une tutelle (nécessairement une tutelle testamentaire ou déférée par le magistrat) appartient à un fils de famille, et que celui-ci, encore investi, devient *sui juris* par voie d'émancipation. En s'attachant aux règles spéciales de l'action *de peculio*, on déciderait que dès ce moment le père ne répond plus de la gestion de son fils, et que relativement à la gestion antérieure il ne peut être poursuivi que dans l'année de l'émancipation. Mais telle n'est pas la doctrine d'Ulpien. Le père, dit-il, sera tenu *de peculio* pour la gestion tant postérieure qu'antérieure, et l'action sera donnée contre lui dans l'année qui suivra la cessation de la tutelle, et cela évidemment parce que l'obligation du père, quoique moins complète et moins efficace, est aussi une dans son objet que celle du fils.

(2) Ce compte a pour base l'inventaire dressé au début, et les principaux éléments en sont fournis, sans préjudice de tous autres moyens de preuve, par les notes que le tuteur a dû rédiger au fur et à mesure de sa gestion (L. 1 § 3, *De tut. et rat.*). Au surplus, j'ai déjà fait remarquer (n° 141) qu'aucun tuteur, même testamentaire, ne saurait être dispensé de rendre compte; car une telle dispense aboutirait à cette conséquence absurde de décharger le tuteur de toute obligation.

(3) Deux passages de Cicéron rendent bien vraisemblable que l'action *contraria tutelæ* existait déjà de son temps. En effet, reproduisant les paroles du pontife Scévola, il dit que la plupart des faits d'où dérivent les actions de bonne foi, et parmi eux il mentionne la tutelle, donnent lieu aussi à des actions contraires (*De off.*, III, 17). Et ce qui est plus décisif, il nous montre des tuteurs refusant de satisfaire la rapacité de Verrès aux dépens de leur pupille, parce qu'il leur serait impossible de faire figurer dans leur compte des sommes indûment payées (2ª *act. in Verr.*, I, 41). Du reste je croirais volontiers qu'à toute époque le tuteur défendant à l'action *directa*, put par voie de compensation se faire indemniser des avances qu'il avait faites pour son pupille.

bilité de contraindre le tuteur à administrer. Elle-même tenait à une application abusive de ces deux principes que le pupille ne s'oblige pas sans l'autorisation du tuteur et que celui-ci ne saurait donner une autorisation valable dans une affaire qui l'intéresse lui-même (L. 1 pr., *De cont. tut.*, XXVII, 4). Quand le préteur eut passé par-dessus ces raisons plus logiques que pratiques, il en résulta comme conséquence que l'action *tutelæ directa* devint plus pleine. Jusque-là, en effet, le tuteur ne pouvait être poursuivi que pour avoir soit mal géré, soit mal à propos donné ou refusé son autorisation, mais non pour avoir, selon son droit, négligé de gérer. Désormais, au contraire, n'étant plus dépourvu de recours contre le pupille, il répond absolument de son inaction; et c'est ainsi qu'en paraissant ne se préoccuper, dans la création de l'action contraire, que des intérêts du tuteur, le préteur assure avant tout ceux du pupille.

A. Régulièrement ces deux actions ne soumettent au juge que l'examen des faits de la tutelle, c'est-à-dire de faits antérieurs au dessaisissement du tuteur. Qu'arriverait-il donc, s'il avait continué de gérer après l'expiration de ses pouvoirs? En principe, il serait considéré comme simple gérant d'affaires, et c'est en cette qualité qu'il rendrait ou demanderait compte, non-seulement à raison de ses actes postérieurs, mais même à raison de ses actes de tuteur. Car le compte qu'il doit comme tuteur, il serait censé se l'être rendu à lui-même considéré comme gérant d'affaires. Par une exception apparente, mais plus exactement, je pense, par application de cette idée que le tuteur dessaisi doit achever les affaires commencées, l'action de tutelle subsisterait et s'appliquerait même aux actes de gestion postérieurs, si ces actes pouvaient être considérés comme une suite nécessaire ou une dépendance de ce qui a été fait pendant la tutelle (L. 37 § 1, *De adm. et peric.* — L. 13, *De tut. et rat.*) (1).

(1) Il arrivait souvent, paraît-il, dans la pratique romaine, qu'une personne gérât la tutelle sans en être légalement investie. Cette personne, soit qu'elle fût de bonne ou de mauvaise foi, s'appelait protuteur, et de sa gestion naissaient une action *directa* et une action *contraria protutelæ*. Ces deux actions, à la différence de celle de tutelle, peuvent être intentées même avant la puberté du pupille. Une autre différence sépare l'action *directa protutelæ* de l'action directe de tutelle : c'est que le protuteur n'est responsable de ses abstentions qu'autant qu'il savait le pupille dépourvu de tuteur. Au surplus, il est tenu des mêmes fautes que le tuteur lui-même, et le pupille jouit ici du privilége dont je parlerai bientôt (n° 162 — (L. 1 pr., §§ 1, 3 et 9; LL. 4 et 5, *De eo qui pro tut.*, XXVII, 5. — L. 19 § 1, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5).

162. Reste à grouper dans un tableau d'ensemble les diverses voies de recours que la loi met au service du pupille à l'effet d'obtenir la réparation des dommages résultant des actes ou omissions du tuteur. Ces voies sont au nombre de cinq :

1° L'action *directa tutelæ* dont il vient d'être question (1). — Il faut envisager deux situations dans lesquelles cette action risque de mal protéger le pupille : 1° le tuteur est insolvable. Ici le pupille jouit d'un privilége, c'est-à-dire qu'il doit être payé par préférence aux simples créanciers chirographaires du tuteur (LL. 22 et 25, *De tut. et rat.*). Constantin transforma ce privilége en une hypothèque tacite prenant rang au jour de l'ouverture de la tutelle (2). Le pupille ne fut donc plus primé que par les créanciers hypothécaires antérieurs (L. 20, C., *De adm. et per.*, V, 37); 2° le tuteur est un fils de famille. Comme, par hypothèse, il n'a point de patrimoine et qu'en principe les fils de famille n'obligent pas leur père, la garantie qu'il offre pour le moment nous apparaît, en fait, aussi nulle que s'il était insolvable : elle ne devient sérieuse que lorsqu'il cesse d'être fils de famille. Cependant s'il est à la tête d'un pécule ou si sa gestion a tourné au profit du père, les principes du droit commun veulent que celui-ci soit tenu jusqu'à concurrence des valeurs comprises dans le pécule ou pour une somme égale à son profit; il serait même tenu pour le tout, s'il s'était immiscé dans la gestion ou si quelque autre circonstance prouvait qu'il a consenti à se charger des risques de la tutelle (L. 7, *De tut.*, XXVI, 1. — L. 21, *De adm. et peric.*, XXVI, 7) (3).

2° A. L'action *de distrahendis rationibus*. — Cette action, créée par la loi des Douze Tables, ne compète, comme l'action *directa tutelæ*, que contre le tuteur dessaisi de ses fonctions (L. 1 § 24, *De tut. et rat.*) (4). Elle suppose un détournement par lui commis au

(1) A la place de cette action, le pupille peut exercer, dans le même but et à partir de la même époque, l'action *ex stipulatu*, lorsque le tuteur, en donnant des cautions, a lui-même promis *rem pupilli salvam fore* (L. 16 pr., *De tut.*).

(2) Constantin ne fit que généraliser ce qui était déjà admis dans un cas particulier. En effet, les biens que le tuteur avait acquis pour son propre compte et payés avec l'argent du pupille étaient hypothéqués à ce dernier. C'est ce que décidait une constitution citée dans un rescrit d'Alexandre Sévère et que l'on peut attribuer aux empereurs Septime Sévère et Caracalla (L. 6, C., *De serv. pign. dat.*, VII, 8).

(3) Cette intention ne résulterait pas de la simple connaissance que le père aurait eue de la qualité et de la gestion de son fils. Car il ne pouvait pas l'empêcher d'accepter la tutelle, qui est une charge obligatoire.

(4) On peut induire d'un texte (L. 1 § 19, *De tut. et rat.*) que primitivement cette action ne fut donnée que contre les tuteurs légitimes. On ne les écartait pas

préjudice du pupille, et elle emporte condamnation au double de la valeur des choses détournées, moins rigoureuse en cela que l'action *furti* où le double se calcule toujours d'après l'intérêt de la personne volée (n° 672). La moitié de cette somme est destinée à indemniser le pupille, l'autre moitié constitue une peine (L. 2 § 2, *De tut. et rat.*). L'action *de distrahendis rationibus* est donc mixte, ce qui conduit aux deux conséquences suivantes : 1° elle ne se donne pas contre les héritiers du tuteur. Tenus seulement d'indemniser le pupille, l'action de tutelle suffira contre eux; 2° le détournement commis par le tuteur constituant un vol, au moins ordinairement (1), l'action *de distrahendis rationibus* se cumule avec l'action *furti* qui est purement pénale; mais, une fois exercée, elle écarte la *condictio furtiva*, et diminue la condamnation à obtenir par l'action de tutelle. Car ces dernières actions n'ont rien de pénal (L. 1 §§ 21 à 23; L. 2 pr. et § 1, *De tut. et rat.*) (2).

3° L'action *ex stipulatu*, contre les fidéjusseurs qui ont promis *rem pupilli salvam fore* (n° 141). — Cette action poursuit le même objet que l'action directe de tutelle, et n'est possible comme elle qu'une fois le tuteur dessaisi de ses fonctions (L. 5, *De fid. et nom.*, XXVII, 7. — L. 4 § 4, *Rem pup. salv.*, XLVI, 6). Mais elle en diffère en ce qu'elle n'emporte pas infamie, et en ce que le pupille n'y jouit d'aucun privilége (3).

4° L'action *subsidiaria* contre les magistrats chargés d'exiger la satisdation. — Cette action qui, à l'exemple de la précédente, tend au

comme *suspecti* (n° 160) : il était donc naturel que la loi, ne faisant rien pour prévenir leurs malversations, organisât contre eux une répression sévère.

(1) Il résulte très-clairement des textes que le détournement commis par le tuteur ne sera pas toujours considéré comme *furtum* (L. 2 pr. et § 1, *De tut. et rat.*, XXVII, 3. — L. 55 § 1, *De adm. et peric. tut.*). Voici, je crois, en quoi consiste la distinction : pour triompher dans l'action *furti*, le pupille doit prouver d'une manière bien positive l'*animus furandi;* au contraire, pour réussir dans l'action *de distrahendis rationibus*, il lui suffit d'établir le fait matériel.

(2) En conséquence de ce caractère mixte, on aurait dû admettre 1° que la réparation du dommage une fois obtenue par l'action *tutelæ*, l'action *de distrahendis rationibus* pourrait encore être exercée pour moitié; 2° que, plusieurs tuteurs ayant participé au délit, le pupille qui a fait payer le double à l'un d'eux, n'est pas empêché pour cela de demander le simple aux autres. Mais ces deux conséquences sont repoussées par les textes (L. 1 § 21, *De tut. et rat.* — L. 55 § 1, *De adm. et peric.*). Il semble donc que cette action n'ait pas été organisée d'après des principes bien arrêtés.

(3) Le pupille qui poursuit les fidéjusseurs en premier lieu demeure recevable à exercer contre son tuteur l'action *tutelæ*, mais non l'action *ex stipulatu*. Réciproquement l'exercice préalable de l'action *tutelæ* ne compromet pas son action contre les fidéjusseurs.

même but que l'action directe de tutelle (L. 9, *De mag. conv.*, XXVII, 8) et ne peut être exercée qu'après l'expiration des pouvoirs du tuteur, n'atteint jamais que les magistrats municipaux, seuls chargés de recevoir les cautions (1). Introduite par un sénatus-consulte rendu sous le règne de Trajan, elle suppose ou que ces magistrats ont négligé d'exiger des cautions, ou qu'ils se sont contentés de cautions insolvables (§ 2 *sup.*, *De satisd.* — L. 5, C., *De mag. conv.*, V. 75) (2). On l'appelle *subsidiaria* parce qu'elle implique discussion préalable des biens des tuteurs et des fidéjusseurs (3), et qu'en conséquence elle n'est donnée que comme remède suprême (4) et une fois constatée l'insolvabilité des autres personnes obligées envers le pupille (L. 4, C., *De mag. conv.*) (5).

En supposant que la faute soit commune à plusieurs magistrats, on admet qu'en principe chacun d'eux est tenu pour le tout, mais que, s'il n'y a pas eu dol, l'action doit être divisée également entre ceux qui sont solvables (L. 7, *De mag. conv.* — L. 3, C., *eod. tit.*).

Cette action, comme les précédentes, se transmet passivement : mais à la différence des héritiers du tuteur ou de la caution, qui tous sont tenus du chef de leur auteur aussi étroitement que lui-même, l'héritier du magistrat ne répond que du dol et de la faute lourde de c dernier (L. 2, C., *De mag. conv.*) (6).

(1) On croirait, à lire les Institutes (§ 4 *sup.*, *De satisd.*), que jamais un magistrat n'est tenu de cette action *subsidiaria*. Justinien dit, en effet, qu'elle n'est point donnée contre ceux à qui appartient le *jus dandi tutores*. Or de son temps ce droit appartient aux magistrats municipaux. Mais le texte a été copié sur Ulpien (L. 1 § 1, *De mag. conv.*), qui écrivait à une époque où ces magistrats ne pouvaient pas exercer ce droit spontanément (n° 136).

(2) Il incombe au magistrat de prouver que les cautions étaient solvables au jour de ~~son~~ leur engagement. Mais il ne répond pas de leur insolvabilité postérieure (L. 1 §§ 11 et 13, *De mag. conv.*).

(3) Comment se fait-il que le pupille soit tenu de discuter et les biens du tuteur et ceux des fidéjusseurs, puisque selon le droit commun la poursuite dirigée contre l'un d'eux libère les autres? C'est que probablement les fidéjusseurs du tuteur ne s'engagent pas dans la forme ordinaire, mais bien comme *fidejussores indemnitatis* (n° 572).

(4) Cependant cette action est donnée de préférence à l'*in integrum restitutio*, et cela parce que cette *restitutio* nuit à des tiers qui n'ont pas contracté d'engagement envers le pupille.

(5) Dans la pratique, les magistrats, pour se garantir du risque que leur faisait courir la mauvaise gestion du tuteur, lui demandaient volontiers des fidéjusseurs contre lesquels ils avaient recours pour se faire indemniser du dommage à eux causé par l'action *subsidiaria*. En pareil cas, le pupille avait contre ces fidéjusseurs une action utile (L. 1, C., *De mag. conv.*).

(6) Ulpien (L. 4, *De mag. conv.*) paraît bien dire que les héritiers du tuteur

5° L'*in integrum restitutio* ou rescision des actes valablement faits soit par le pupille autorisé, soit par le tuteur agissant seul. — Les détails que comporte cette matière seront ultérieurement donnés (n°s 171 et s.).

A ces diverses protections il faut ajouter la ressource, encore plus simple et plus énergique, que le pupille trouve dans la nullité des actes faits ou autorisés par son tuteur en dehors de ses pouvoirs. Mais cette ressource peut être rendue insuffisante par l'insolvabilité du tiers qui a profité de l'acte nul.

XII. — DE LA TUTELLE DES FEMMES PUBÈRES.

163 *a*. Pendant longtemps, on l'a déjà vu (n° 123), les femmes qui n'étaient placées ni sous la *patria potestas* ni sous la *manus* furent soumises à une tutelle perpétuelle. Et les jurisconsultes classiques, cherchant à expliquer cette législation déjà surannée de leur temps, en donnaient deux raisons, la légèreté d'esprit des femmes (*levitas animi* ou *infirmitas sexus*) et leur ignorance des affaires (*ignorantia rerum forensium* (Ulp., XI § 1. — Gaius, I, §§ 144 et 190). Mais ces raisons, que Gaius lui-même déclare plus spécieuses que vraies, n'indiquent pas nettement si cette tutelle fut instituée dans le but direct de protéger les femmes, ou si ce ne fut qu'une mesure de défiance à leur égard. Historiquement, ce second point de vue me paraît seul exact. Pour les peuples anciens, la femme n'est pas un être dont la fonction sociale soit simplement différente de celle de l'homme, c'est un être un peu inférieur. Respectée dans la maison, on la redoute au dehors : on veut bien qu'elle fasse partie de la famille, mais non pas de la société. Or, incontestablement, par la libre administration de ses biens, par la faculté de contracter, d'acquérir ou d'aliéner sans contrôle, la femme arriverait à exercer une influence qui, pour être indirecte, n'en serait pas moins puissante; dépourvue de droits politiques, elle régnerait peut-être sur ceux qui les possèdent. Au contraire, placée en tutelle, elle ne paraîtra guère sur la scène sociale, sa volonté sera toujours enchaînée, et la cité continuera d'appartenir aux hommes seuls. Cette tutelle procède donc du même esprit de

n'étaient pas non plus tenus de la faute légère de ce dernier. Mais ce texte ne peut pas être considéré comme exprimant l'opinion générale. On a déjà vu, d'ailleurs, qu'en ce qui concerne la responsabilité du tuteur lui-même, les textes d'Ulpien sont embarrassants (n° 150).

défiance un peu méprisante qui plus tard, par la loi *Oppia*, chercha à limiter le luxe des femmes (Tit.-Liv., XXXIV, 2 et s.). Que ce soit une institution de droit privé, nul doute; mais elle émane, comme toute l'organisation de la famille romaine, d'une pensée politique.

164 *a*. Les textes qui nous renseignent sur la tutelle des femmes appartiennent presque tous à l'époque de sa décadence, je veux dire à l'époque du droit classique. C'est aussi la seule où je me propose de l'étudier, et cela en partant de cette idée qu'elle est gouvernée, en principe, par les mêmes règles que la tutelle des impubères, qu'il s'agit donc seulement de relever les traits essentiels qui l'en séparent.

Et d'abord, si nous rencontrons ici les mêmes espèces de tutelles que précédemment, il y en a trois, les tutelles testamentaire, légitime et fiduciaire, qui revêtent à l'égard des femmes une physionomie beaucoup plus originale.

La tutelle testamentaire présente deux traits absolument spéciaux : 1° le tuteur testamentaire peut être nommé non-seulement par le père de famille, mais aussi, en supposant la femme *in manu*, par le mari ou le père du mari. C'est une conséquence de ce qu'elle est pour eux *loco filiæ* ou *loco neptis* (Gaius, I, §§ 144 et 148); 2° ce qui est plus curieux, le mari, au lieu de nommer directement le tuteur, peut léguer à la femme la faculté de le choisir elle-même (*tutoris optio*), et le tuteur ainsi choisi ne s'appelle plus *dativus*, mais *optivus* (1). L'étendue de cette faculté est déterminée par la volonté du testateur. La *tutoris optio* peut être donnée à la femme pour toutes ses affaires, pour une seule ou pour quelques-unes seulement. Elle peut être *plena* ou *angusta :* dans le premier cas, la femme est admise à user de cette faculté aussi souvent qu'il lui plaît; dans le second cas, l'exercice en est limité à un nombre de fois déterminé (Gaius, I, §§ 150 à 154). Entre autres avantages, cette *tutoris optio* dispense la femme qui veut changer de tuteur de faire préalablement la *coemptio fiduciæ causa* (n° 121) (2).

Quant à la tutelle légitime, elle se distingue ici par trois parti-

(1) La *tutoris optio* pouvait aussi être concédée à une femme par un acte législatif (Tit.-Liv., XXXIX, 19).

(2) Nous avons vu qu'en règle générale le tuteur testamentaire décline la tutelle à son gré sans avoir besoin d'établir une excuse proprement dite (n° 128, *in fine*). Il n'y a donc pas là une particularité de la tutelle des femmes. Mais il est fort possible qu'en notre matière cette faculté ait subsisté aussi longtemps que la tutelle des femmes elle-même.

cularités remarquables, dans lesquelles je n'hésite pas à voir les vestiges d'une législation générale qui avait été longtemps applicable aux impubères eux-mêmes : 1° Les seules femmes soumises à la tutelle légitime sont celles qui ont recueilli l'hérédité *ab* intestat de leur père, et plus généralement, de l'ascendant dont la mort les a rendues *sui juris*. Cette règle, qu'aucun jurisconsulte ne nous révèle, et qui est peut-être restée inaperçue jusqu'ici, ressort avec évidence d'une *laudatio funebris*, que j'ai déjà eu l'occasion de citer (n° 132) (1). Et sans nul doute, il faut en chercher l'explication dans un motif identique à celui qui détermina la loi des Douze Tables à ne considérer comme prodigues et à ne placer à ce titre sous la curatelle légitime que ceux qui dissipaient la succession *ab* intestat d'un ascendant paternel (n° 167). Ceci admis, si l'on considère que primitivement les tutelles et curatelles légitimes furent conçues dans l'intérêt exclusif des personnes qui en étaient investies, et que cet intérêt devait dans tous les cas s'apprécier de la même façon, on aboutit à la conclusion suivante : pour qu'à l'origine une personne quelconque fût soumise à une tutelle ou curatelle de ce genre, il fallait qu'elle eût hérité *ab* intestat de son ascendant; 2° La tutelle légitime d'une femme peut appartenir même à un impubère, à un sourd, ou à un muet (Gaius, I, §§ 177 à 180. — Ulp., XI, §§ 20 à 22). J'ai déjà démontré (p. 327, notes 1 et 3) que primitivement ces personnes n'étaient pas non plus exclues de la tutelle des impubères (2). 3° La tutelle légitime d'une femme pubère est transmissible par voie d'*in jure*

(1) Voici l'analyse de la portion de ce texte qui se réfère à ma proposition : Un père de famille était mort, laissant deux filles, l'une et l'autre mariées, mais l'une restée en sa puissance, l'autre tombée sous celle de son mari. Il avait institué l'une conjointement avec son mari, à l'autre il avait laissé un legs partiaire. Dans cette situation, des personnes qui se prétendaient agnats ou *gentiles*, engageaient la fille instituée à attaquer le testament de son père comme ayant été rompu par un mariage suivi de *coemptio* : à cela elle gagnerait, disaient-ils, d'hériter seule et sans charges, elle exclurait son mari et sa sœur; mais en revanche, elle tomberait sous leur tutelle légitime. Au contraire, le testament subsistant, cette fille était obligée de subir le concours de son mari et d'exécuter le legs fait à sa sœur; mais elle échappait à la tutelle légitime. Ce second parti lui parut préférable.

(2) Bien évidemment, de tels tuteurs ne pouvaient ni interposer leur *auctoritas* ni gérer. Donc, s'agissait-il de faire un acte qui par sa nature exigeait absolument l'intervention de la personne en tutelle et ne pouvait être accompli par elle seule : on lui donnait un tuteur *certæ causæ* qui l'autorisait. C'est ce qui résulte des textes précités. S'agissait-il seulement de gérer : la femme gérait elle-même (n° 165); quant à l'impubère, on lui donnait un curateur.

cessio. Mais le cessionnaire, appelé *cessitius tutor*, venant à mourir ou à subir une *capitis deminutio*, la tutelle retourne au cédant. Si, au contraire, c'est celui-ci qui meurt on éprouve la *capitis deminutio*, le cessionnaire est dessaisi; et la tutelle, par application de cette idée que l'on ne peut céder un droit plus fort que celui qu'on possède soi-même, passe aux agnats les plus proches après le cédant, comme cela fût arrivé en l'absence de toute cession (Gaius, I, §§ 168 à 170). Que si l'on cherche à expliquer pourquoi cette singulière faculté de cession était donnée au tuteur légitime des femmes, et refusée à celui du pupille, Gaius (I, § 168) en rend une raison que je crois peu satisfaisante : c'est que la tutelle des femmes, ne finissant ordinairement que par leur mort, est beaucoup plus onéreuse que celle des impubères dont l'extinction régulière résulte assez promptement de l'acquisition de la puberté. Mais est-il besoin d'un grand effort pour apercevoir que le même motif aurait commandé l'extension de la même faculté à tout tuteur d'une femme pubère? Aussi expliquerais-je plus volontiers la cessibilité de cette espèce de tutelle par une tout autre idée : c'est qu'elle est organisée dans l'intérêt des tuteurs eux-mêmes. Partant de là, je ne doute pas qu'autrefois la tutelle légitime des impubères était cessible comme celle des femmes, et c'est ce que confirment deux textes d'Ulpien (XI, §§ 6 et 7) (1).

Et maintenant, demandera-t-on pourquoi ces trois règles, autrefois générales, devinrent spéciales; pourquoi, exclues définitivement de la tutelle légitime des impubères, elles se maintinrent dans celle des femmes? Le voici : ces règles découlaient de ce que primitivement toutes les tutelles légitimes étaient conçues dans l'intérêt exclusif des tuteurs. Mais plus tard, ce point de vue fut abandonné quant aux impubères (n° 123), et dans la même mesure ses conséquences durent disparaître. Que s'il fut conservé quant aux femmes, c'est que, comme on va le voir, il n'y eut bientôt plus à leur égard d'autres tutelles légitimes que celles des ascendants et des patrons : or, ici, il n'était pas trop inique de faire prédominer l'intérêt du tuteur, puisque c'est

(1) M'objectera-t-on que Gaius restreint expressément cette faculté de cession au tuteur légitime des femmes? Je réponds qu'il se place au point de vue de la pratique, tandis qu'Ulpien relate dans toute son étendue la vieille règle, tombée sans doute en désuétude à l'égard des pupilles, mais non abrogée. C'est ainsi que dans un des textes précités il parle du droit de décliner la tutelle comme appartenant à tout tuteur testamentaire, bien que la pratique de son temps eût déjà retranché ce droit au tuteur du pupille. Au surplus, Ulpien lui-même (XI § 8) constate que depuis longtemps la tutelle légitime des impubères n'était plus cessible.

par lui que la femme en tutelle était devenue *sui juris*, et que si elle pouvait être propriétaire, elle le lui devait.

Reste à remarquer que la tutelle légitime des agnats fut supprimée à l'égard des femmes sous le règne de Claude (Gaius, I, §§ 157 et 171. — Ulp., XI § 8), ce qui signifie, non pas que la femme qui avait des agnats put se passer d'un tuteur, mais que désormais ce tuteur lui fut nommé par le magistrat.

A l'égard de la tutelle fiduciaire, nous lui trouvons ici les mêmes applications que pour les impubères; mais, comme on l'a vu (n° 121), il dépend de la femme qui n'est pas sous une tutelle légitime, de changer son tuteur pour un tuteur fiduciaire. Au surplus, fallait-il admettre la cessibilité de cette tutelle, établie, comme les tutelles légitimes, dans l'intérêt du tuteur? Le doute tenait à ce qu'on pouvait, dans la plupart des cas, la considérer comme une charge volontairement subie par les tuteurs (1). Il semble pourtant que la majorité des jurisconsultes inclinaient à admettre la cessibilité (Gaius, I, § 172).

165 *a.* En ce qui concerne les fonctions du tuteur, la tutelle des femmes pubères, au moins dans son dernier état, se sépare de celle des impubères par deux différences essentielles qui la réduisent, peu s'en faut, à un vain mot :

1° Tandis que le tuteur d'un impubère gère et autorise, le tuteur d'une femme pubère autorise et ne gère pas (Ulp., XI § 25) et cela sans aucune espèce de distinction entre les diverses espèces de tuteurs. C'est la femme elle-même, nous dit Gaius (I, § 190), qui dès qu'elle est âgée de vingt-cinq ans (*perfecta ætas*), administre ses biens (2). Jusque-là sans doute cette administration est confiée à un curateur général, mais elle ne saurait appartenir au tuteur, car le texte précité d'Ulpien la lui refuse absolument, et Gaius (I, § 191) dit en termes très-formels qu'il n'a jamais de compte à rendre.

2° Le tuteur d'un pupille est toujours libre de lui refuser son autorisation, sauf à répondre, par l'action *directa tutelæ*, des conséquences dommageables de son refus (L. 17, *De auct. et cons. tut.*). Au contraire, la femme pubère, quelque inutile ou dangereux que soit l'acte qu'elle se propose de faire, peut exiger que son tuteur l'autorise et à

(1) Cela n'était pas vrai des enfants du *parens manumissor*.

(2) Tel était déjà le droit du temps de Cicéron, puisque dès lors la femme en tutelle pouvait, *sine auctoritate tutoris*, toucher ce qui lui était dû (*Topic.*, 11).

cet effet requérir l'intervention du préteur (Gaius, I, § 190). Pour mesurer la portée de cette règle il faut déterminer, autant que cela est possible, les actes que la femme en tutelle ne peut pas faire sans autorisation. Voici donc ceux que je trouve indiqués dans les textes : 1° *lege agere*, par conséquent faire une *in jure cessio* ou un affranchissement *vindicta* (Ulp., XI § 27. — Dosith., *De man.*, § 15); 2° figurer dans un *judicium legitimum* (Ulp., XI § 27); 3° contracter une obligation (Gaius, III, § 108); 4° aliéner une *res mancipi* (Ulp., XI § 27) (1); 5° faire une acceptilation (Gaius, II, § 85); 6° faire une adition d'hérédité (Ulp., XI § 22); 7° se marier (Ulp., XI § 22); 8° se constituer une dot (Gaius, I, § 178. — Ulp., XI § 20. — L. 61 pr., *De jur. dot.*, XXIII, 3); 9° permettre à son affranchi de vivre en *contubernium* avec l'esclave d'un tiers (Ulp., XI § 27); 10° tester (Gaius, II, § 118) (2). Tels sont les principaux actes que la femme est incapable de faire seule et qu'en conséquence le tuteur doit autoriser ou de bonne grâce ou par force. Toutefois la tutelle des patrons et des ascendants, qui avait été primitivement organisée dans leur seul intérêt, conserve même à l'époque de Gaius quelque réalité pratique et quelque indépendance, en ce sens que le préteur ne les force jamais à autoriser la femme qui veut tester, ni, par voie de conséquence, celle qui veut contracter une obligation ou aliéner une *res mancipi*. On tient, en effet, à ce que de tels tuteurs ne perdent pas malgré eux le bénéfice de leur vocation héréditaire et ne recueillent pas l'hérédité grevée de dettes ou dépouillée de ce qu'elle devrait contenir de plus précieux (Gaius, I, § 192).

(1) C'est seulement l'aliénation immédiate de ces choses qui exige l'*auctoritas tutoris*. Mais la tradition que la femme en fait, agissant seule, place l'acquéreur *in causa usucapiendi*, à moins qu'elle ne soit soumise à la tutelle des agnats, ou sans doute aussi à celle d'un patron ou d'un ascendant. C'est ce que l'on peut induire d'un texte de Gaius (II, § 47). Et cette doctrine est confirmée par les *Fragmenta Vaticana* (§ 1), où nous voyons toutefois qu'en cas de vente la femme reste maîtresse d'arrêter l'usucapion et de reprendre sa chose en restituant le prix qu'elle en a reçu.

(2) Ulpien, dans un texte que j'ai plusieurs fois cité (XI § 27), dit que la femme ne peut pas, sans l'*auctoritas* du tuteur, *gerere civile negotium*. Mais quel est ici le sens précis de cette expression? J'avoue qu'il m'échappe. Quoi qu'il en soit, cette énumération nous donne la mesure de la capacité personnelle de la femme en tutelle. Au fond, elle n'était guère plus capable que le pupille sorti de l'*infantia*. Comme lui, elle pouvait seule faire sa condition meilleure; mais, ne pouvant s'obliger seule, il lui était difficile de rendre sa condition pire sans l'*auctoritas* du tuteur. Aussi Gaius l'assimile-t-il au pupille en ce qui concerne la capacité de s'obliger (III, § 107). Cependant elle pouvait, à la différence du pupille, aliéner une *res nec mancipi*, aliéner la possession de ses biens, recevoir un payement, plaider

Sous la réserve de ces trois exceptions, les ascendants et les patrons sont traités comme les autres tuteurs (1).

Voilà le droit classique. Dans quelle mesure est-il conforme au droit originaire? Très-probablement, la femme n'eut pas tout d'abord la gestion de ses biens, et l'on peut croire que si son tuteur, à l'exemple de ceux des impubères, n'était pas tenu de gérer, du moins il en avait le droit. Quant à l'*auctoritas*, sans aucun doute, elle commença par être sérieuse, c'est-à-dire que pendant longtemps le tuteur put à son gré la refuser (Cic., *pro Mur.*, 12); et alors la femme qui s'en passait là où elle lui était nécessaire, faisait un acte nul pour incapacité. C'est ce qu'il faut encore décider à l'époque classique relativement aux trois actes que les patrons ou ascendants ne sont pas tenus d'autoriser. Mais évidemment à l'époque et dans la mesure même où l'*auctoritas* cessa d'être libre, elle dut changer de caractère : au lieu d'en faire une condition essentielle de la capacité de la femme, on tendit à n'y voir qu'une simple condition de forme (2).

Enfin, si l'on examine comment s'éteint la tutelle des femmes et quelles sont les conséquences de son extinction, on trouve qu'à ce point de vue encore elle se sépare de la tutelle des impubères par deux importantes différences : 1° hormis le cas où la femme tombe *in manum* (3), cette tutelle est perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle ne peut cesser que *a parte tutoris;* 2° le tuteur de la femme n'est pas tenu de l'action *directa tutelæ*, il n'a pas de compte à rendre, puisqu'il n'a pas géré et que la femme a pu, quand il lui plaisait, le contraindre à interposer son *auctoritas* (Gaius, I, § 191).

La tutelle perpétuelle des femmes ne devait pas survivre à la ruine de l'esprit aristocratique et étroitement conservateur des vieux Ro-

dans un *judicium non legitimum* (Ulp., XI § 27. — Gaius, II, § 80 et 85. — *Fr. Vat.*, § 1).

(1) Les mêmes exceptions durent être admises en faveur des agnats. Car, eux aussi, n'étaient appelés à la tutelle que dans leur intérêt (Gaius, II, § 47). Et il est bien probable que la loi Claudia ne la leur enleva que parce qu'entre leurs mains elle n'était pas illusoire.

(2) Toutefois, je trouve dans Gaius (II, § 121) la preuve que c'était là une idée encore discutée de son temps. Mais elle prévalut, et ce qui le démontre bien, c'est le rapprochement des deux décisions suivantes : celui qui acquiert d'un pupille non autorisé qu'il sait être pupille, n'usucape pas (L. 2 § 15, *Pro empt.*, XLI, 4). Tout au contraire, celui qui reçoit d'une femme agissant seule la tradition d'une *res mancipi* usucape toujours (*Fr. Vat.*, §§ 1 et 259).

(3) Je ne parle pas des cas où elle se donne en adrogation, puisqu'au temps des jurisconsultes elle ne pouvait pas le faire (n° 111).

mains. Déjà Cicéron (*pro Murena*, 12), faisant allusion soit au caractère illusoire de l'*auctoritas*, soit aux tuteurs fiduciaires, la critiquait avec autant d'esprit que de sens en disant que les anciens avaient voulu placer toutes les femmes sous la puissance d'un tuteur, et que l'imagination des jurisconsultes avait créé des tuteurs soumis à la puissance des femmes (1). Sous Auguste, les lois caducaires les déclarèrent affranchies par le *jus liberorum* de toute tutelle autre que celle du patron et de ses enfants (Gaius, I, § 194; III, § 44) (2). Ce privilége donné à la femme féconde faisait bien ressortir le non-sens de l'institution et en préparait la chute. Nul acte législatif ne l'abrogea jamais d'une manière générale; mais elle s'en alla petit à petit par la désuétude, comme toutes les lois qui jurent trop ouvertement avec les mœurs et les idées publiques; et un texte de Constantin permet de croire qu'il n'en était plus du tout question à l'époque où se réalisa le triomphe officiel du christianisme (L, 2 § 1, C., *De his qui ven.* II, 45).

DES PERSONNES EN CURATELLE.

SOMMAIRE : I. Nature de la curatelle. Personnes qui ont un curateur. — II. Capacité personnelle des fous, des prodigues et des mineurs de vingt-cinq ans. Spécialement, de l'*in integrum restitutio* accordée aux mineurs de vingt-cinq ans. — III. Indication des règles de la tutelle qui s'appliquent aussi à la curatelle.

I. — NATURE DE LA CURATELLE. PERSONNES QUI ONT UN CURATEUR.

Lib. I, tit. XXIII, *De curatoribus*, pr. — Masculi puberes et feminæ viripotentes usque ad vigesimum quintum annum completum curatores accipiunt; qui licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint.

§ 1. — Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento

Les hommes pubères et les femmes aptes à concevoir reçoivent des curateurs jusqu'à leur vingt-cinquième année accomplie; car, bien que pubères, ils sont encore d'un âge trop tendre pour défendre eux-mêmes leurs intérêts.

Or les curateurs sont nommés par les mêmes magistrats que les tuteurs. Mais le curateur n'est pas

(1) Tant que la tutelle des femmes fut une réalité, la législation ne songea pas à leur enlever les moyens de s'enrichir : car la fortune ne leur donnait pas l'indépendance. Mais lorsqu'elles commandèrent à leurs tuteurs, une réaction s'opéra; de là la loi Voconia (n° 328); de là aussi la jurisprudence qui les exclut de la succession légitime de leurs agnats autres que les frères et sœurs (n° 423).

(2) La femme ingénue devait être mère de trois enfants, l'affranchie de quatre.

non datur, sed datus confirmatur decreto prætoris vel præsidiis.

donné par testament, et cependant celui qui a été ainsi désigné est confirmé par décret du préteur ou du président.

§ 2. — Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem; curator enim et ad certam causam dari potest.

Les adultes ne reçoivent pas de curateur malgré eux, si ce n'est pour un procès; car le curateur peut être donné même pour une affaire spéciale.

§ 3. — Furiosi quoque et prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum; sed solent Romæ præfectus urbi vel prætor, et in provinciis præsides ex inquisitione eis curatores dare.

Pareillement, les furieux et les prodigues, quoique majeurs de vingt-cinq ans, sont pourtant sous la curatelle de leurs agnats en vertu de la loi des Douze Tables; mais à Rome, c'est le préfet de la ville ou le préteur qui a l'habitude de nommer les curateurs; dans les provinces, ce sont les présidents après enquête.

§ 4. — Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

Mais tous les insensés, les sourds, les muets, et les personnes atteintes d'une infirmité continue, ne pouvant veiller à leurs affaires, doivent recevoir des curateurs.

§ 5. — Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel a prætore vel præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item in locum tutorum qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.

Les pupilles eux-mêmes reçoivent quelquefois des curateurs, par exemple s'ils ont un tuteur légitime inhabile; car à qui est pourvu d'un tuteur on n'en peut pas donner un autre. De même, quand un tuteur testamentaire, ou donné par le préteur ou le président, est impropre à l'administration, et que pourtant il administre sans fraude, on lui adjoint un curateur. De même, à la place des tuteurs qui sont excusés, non pas pour toujours, mais pour un certain temps, on donne des curateurs.

§ 6. — Quod si tutor adversa valetudine vel alia necessitate impeditur quominus negotia pupilli admi-

Que si une maladie ou tout autre obstacle absolu empêche le tuteur d'administrer les affaires du pu-

nistrare possit, et pupillus vel absit vel infans sit, quem velit actorem, periculo ipsius tutoris, prætor vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

pille, et que celui-ci soit absent ou *infans*, le préteur ou le président de la province constituera par décret un agent choisi par le tuteur et à ses risques.

166. La curatelle, comme la tutelle, est une charge publique établie pour protéger des personnes qui en fait ne sont pas du tout ou ne sont qu'imparfaitement capables de se protéger elles-mêmes. Mais elle diffère de la tutelle tant par sa nature que quant aux personnes auxquelles elle s'applique.

La première différence peut se formuler ainsi : le tuteur est donné à la personne, le curateur n'est donné qu'aux biens. Pratiquement, cela signifie que le curateur peut bien être investi des mêmes pouvoirs de gestion que le tuteur, mais qu'il n'autorise pas. L'*auctoritas* est remplacée ici par un simple *consensus* qu'il donne à la personne en curatelle, lorsque celle-ci agit elle-même (1). Et il ne faut pas croire que sous cette diversité de mots se cachent deux choses identiques au fond. On a vu, en effet, qu'à l'époque classique l'*auctoritas* exigeait des paroles solennelles, et qu'encore dans le droit de Justinien elle implique la présence personnelle du tuteur *in ipso negotio*. Le *consensus*, au contraire, ne fut jamais soumis à aucune forme. Il se transmet sans difficulté par lettre ou par intermédiaire. Il est aussi valablement donné avant l'acte qu'au moment même de l'acte ; et, s'il n'intervient qu'après l'opération consommée, il vaut ratification (2). Ces différences profondes s'expliquent par la différence naturelle des situations. L'*auctoritas* n'est donnée qu'à des enfants : que l'acte autorisé soit réputé leur œuvre propre, cela est vrai si l'on ne s'attache qu'à ses conséquences juridiques, mais pour qui regarde au fond des choses, c'est le tuteur qui a conçu, préparé, décidé l'acte : il en est vraiment l'auteur intellectuel. Tout au contraire, le *consensus* du curateur n'est donné qu'à des personnes capables de réfléchir et qui presque toujours auront pris elles-mêmes l'initiative de leurs actes

(1) Le curateur n'est pas plus que le tuteur chargé de la garde et du soin de la personne. Cependant le curateur du fou doit chercher à procurer sa guérison (L. 7 pr., *De cur. fur.*, XXVII, 10).

(2) L'antithèse entre l'*auctoritas* et le *consensus* est nettement marquée dans la rubrique du titre *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum* (D., XXVI, 8). Que si l'on trouve quelques textes parlant de l'*auctoritas curatoris* (L. 8, *De adopt.*, I, 7. — L. 61 pr., *De jur. dot.*, XXIII, 3), il ne faut voir là qu'une rédaction inexacte ou une altération due à Justinien.

juridiques : le curateur contrôle leur volonté, mais il ne l'a ni soufflée ni dirigée. L'acte n'est sien ni au point de vue du jurisconsulte, ni au point de vue plus profond du psychologue.

Quant aux personnes pourvues d'un curateur, ce sont : 1° nécessairement, les personnes pubères (1) et *sui juris* (2) atteintes d'aliénation mentale ou interdites pour prodigalité; 2° ordinairement, les mineurs de vingt-cinq ans; 3° très-exceptionnellement, les pupilles (3). Étudions successivement ces trois applications de la curatelle.

167. *Curatelle des fous et des prodigues.* — Cette curatelle, la plus ancienne de toutes, fut consacrée par la loi des Douze Tables (§ 3 *sup.*— L. 1 pr., *De cur. fur.*, XXVII, 10). Mais cette loi ne statuait pas d'une manière générale sur tous les aliénés et sur tous les dissipateurs. A l'égard des fous, son texte, qui nous a été conservé par Cicéron (*De invent.*, II, 50), ne se réfère qu'au *furiosus*, et l'on a déjà vu (n° 84) que cette expression ne s'applique qu'à l'homme dont le dérangement intellectuel se manifeste par des idées extravagantes et sans suite, mais laisse place à des intervalles lucides. C'est ainsi que Cicéron lui-même, commentant ailleurs (*Tuscul. disp.*, III, 5) cette disposition des Douze Tables, explique les mots *furiosus* et *furor* qu'il oppose à *insanus* et *insania* (4). Quant au prodigue, dans le langage des

(1) Les impubères fous n'ont pas besoin de curateur, puisqu'ils ont un tuteur (L. 3 pr., *De tut.*, XXVI, 1). Quant à l'impubère prodigue, en fait on le comprend à peine.

(2) Un individu *alieni juris*, n'ayant pas de biens, n'a pas besoin de curateur. Telle est du moins la règle. Pourtant, si le fils de famille fou a un pécule *castrense*, ou d'autres biens, soit en pleine propriété, soit en nue propriété seulement, il faut bien que quelqu'un les administre. Justinien confie ce soin au père (L. 7 pr., C., *De curat. fur.*, V, 70). Bien que sa constitution ne parle pas des fils de famille prodigues, il est probable que dans la même situation il faut leur appliquer la même décision.

(3) Ce sont là les seules personnes en curatelle, mais ce ne sont pas les seuls cas de curatelle. Ainsi les biens du captif sont administrés par un curateur (L. 6 § 4, *De tut.*, XXVI, 1. — L. 6 § 2, *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4), et souvent il en est de même de ceux qui font l'objet d'une *missio in possessionem* (nos 483 et 781). Dans des cas de ce genre le curateur n'a pas de *consensus* à donner.

(4) Cicéron, dans ce passage, distingue assez nettement la folie furieuse (*furor*) de l'imbécillité (*insania stultitiæ juncta*). Mais il commet deux erreurs : 1° il avoue que la folie furieuse peut atteindre le sage, et prétend que l'imbécillité ne le peut pas. Les aliénistes contesteraient certainement cette différence ; 2° il croit que, si les Douze Tables ne placent pas en curatelle le simple insensé *non furiosus*, c'est qu'elles le tiennent pour suffisamment capable des actes de la vie ordinaire. Tel n'était certainement point le motif des Douze Tables, ainsi que je l'explique un peu plus loin. Cicéron, cédant aux idées plus sages de son époque, s'imagine que la loi a statué dans l'intérêt de la personne placée en curatelle, et c'est en quoi certainement il se trompe.

Douze Tables, c'était celui-là seul qui dissipait follement des biens provenant de la succession légitime de son père ou d'un autre ascendant mâle paternel. Cette double restriction apportée au sens naturel du mot *prodigus* ressort très-nettement d'un passage d'Ulpien (XII § 3), où il est dit que la loi ne place en curatelle ni l'ingénu institué héritier par son père, ni en aucun cas l'affranchi, car celui-ci n'a jamais eu de *pater familias*.

C'est aux plus proches agnats, et, faute d'agnats, aux *gentiles* que cette curatelle était déférée (§ 3 *sup.* — Cic., *De inv.*, II, 50). A défaut d'agnats et de *gentiles*, elle cessait; et ici s'accuse d'une manière bien visible la pensée des Douze Tables : elles ne songeaient nullement à protéger le fou ou le prodigue : elles n'avaient d'autre mobile que l'intérêt des agnats et des *gentiles*, héritiers présomptifs de ces personnes. Et ceci nous permet de comprendre pourquoi la loi, moins bizarre qu'elle ne le paraît tout d'abord, ne s'appliquait pas à tous les dissipateurs. Ce qu'on voulait, c'est que le prodigue ne dépouillât pas ses agnats de biens de famille que ceux-ci auraient recueillis par la volonté même de la loi s'il n'avait pas existé. Mais dissipait-il des biens acquis par son travail ou provenant d'un tiers : ses héritiers présomptifs ne perdaient rien sur quoi ils eussent dû compter. Dissipait-il même la succession testamentaire de son père : le père, en testant, avait assez marqué qu'il entendait exclure l'application des lois relatives aux successions légitimes. Ce n'est plus un bien de famille que le prodigue perdait, mais un pur lucre (1).

Cette législation, fausse dans son point de départ et incomplète dans ses dispositions, fut corrigée par le préteur. Les innovations de l'édit, fondées sur la nécessité de protéger l'homme qui a perdu la raison ou qui n'a pas la force de résister à ses instincts dépensiers, se résument

(1) La distinction faite entre les *furiosi* et les autres fous est moins facile à comprendre. On a essayé de l'expliquer par le raisonnement suivant : Le *furiosus* a des intervalles lucides pendant lesquels il pourrait faire des actes qui compromettraient son patrimoine et nuiraient plus tard à ses héritiers, il faut donc l'en empêcher. Au contraire la continuité même de la démence écarte tout danger pareil et rend les précautions superflues, parce qu'elle entraîne une incapacité naturelle qui subsiste aussi longtemps que le fou. Si tel fut le motif des Douze Tables, il faut en conclure que primitivement et nonobstant les discussions qui s'élevèrent plus tard à ce sujet, la survenance d'un intervalle lucide ne faisait pas cesser la gestion du curateur, et en effet cela paraît probable (L. 4 § 3, *De tut. et rat.*, XXVII, 3); il faut reconnaître aussi que les décemvirs manquèrent de logique en admettant que le *furiosus* recouvrerait sa capacité juridique pendant la durée des intervalles lucides (n° 171).

dans les trois propositions suivantes : 1° aux *furiosi* le préteur assimile les personnes dont la folie est continue (*mente capti*), même les sourds, les muets et tous ceux qu'une infirmité permanente empêche de veiller à l'administration de leurs biens (§ 4 *sup.*) ; 2° il tient pour prodigues tous ceux qui gaspillent étourdiment leur capital, quelle qu'en soit la provenance (Ulp., XII § 3) ; 3° le fou et le prodigue n'ont plus besoin d'avoir des agnats pour être placés en curatelle, puisque désormais c'est eux-mêmes qu'il s'agit de protéger.

Ces réformes n'abrogeaient pas la loi des Douze Tables, elles la complétaient. Les fous et les prodigues continuèrent donc d'être soumis à la curatelle légitime dans les hypothèses spécifiées par cette loi. Dans toutes les autres ils eurent un curateur nommé par le magistrat (1). Le texte des Institutes (§ 3 *sup.*) donnerait à croire, il est vrai, que sous Justinien c'était toujours le magistrat qui désignait le curateur du fou ou du prodigue, et tel était certainement le droit lorsqu'il s'agissait d'un fou non furieux ou d'un prodigue dissipant des biens qu'il n'avait pas reçus par succession légitime de son père. Hors ces cas, Théophile, rectifiant ou éclaircissant le texte des Institutes, nous apprend que le curateur n'était nommé par le magistrat qu'en l'absence d'agnats ou quand les agnats étaient inhabiles à l'administration (2). Et c'est ce que Justinien lui-même explique clairement ailleurs (L. 7 § 6, C., *De curat. fur.*, V, 70).

Au surplus la loi des Douze Tables avait établi entre le fou et le prodigue une distinction que la jurisprudence romaine n'abandonna jamais : c'est que la folie, emportant par elle-même impossibilité d'administrer, donnait immédiatement et sans aucune formalité ouverture à la curatelle, tandis que le prodigue n'y tombait qu'une fois dessaisi de l'administration de ses biens par une sentence d'interdiction. Cette interdiction était prononcée par le magistrat, et Paul (III, 4ª § 7) nous en a transmis la formule (3).

(1) Ces curateurs, comme tous ceux que nomment les magistrats, s'appellent *honorarii* (Ulp., XII § 1.)

(2) A l'époque classique, il est fort probable que l'agnat inhabile conservait son titre de curateur, de même que l'agnat impubère, sourd ou muet, restait tuteur. Mais le préteur lui adjoignait une personne qui, sans avoir le nom de curateur, était chargée d'administrer à sa place (L. 13, *De curat. fur.*, XXVII, 10).

(3) Cette formule expressive est ainsi conçue : *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.* Elle date des Douze Tables, puisqu'elle suppose que les biens dissipés proviennent de l'ascendant paternel. Mais elle ne doit pas nous conduire à admettre que l'interdiction ne fût prononcée que contre celui qui avait des enfants, par conséquent en faveur de ces derniers. Ce qui le prouve péremptoi-

168. *Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.* — Le très-ancien droit n'établissait de distinction qu'entre les impubères et les personnes pubères : il n'en faisait aucune entre l'homme mûr et l'enfant inexpérimenté qui venait d'atteindre la puberté légale. Cependant on reconnut bien vite que la capacité d'administrer sagement un patrimoine n'est pas une conséquence nécessaire ni même ordinaire de l'acquisition de la puberté (pr. *sup.*); cela est surtout frappant dans une législation qui fixe la puberté à un âge aussi précoce que le faisait la loi romaine. On arriva donc de bonne heure à distinguer parmi les personnes pubères celles qui n'avaient pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans (*adulti, adolescentes, minores viginti quinque annis*) et celles qui avaient dépassé cet âge appelé désormais *perfecta* ou *legitima ætas*. Les mineurs de vingt-cinq ans furent entourés d'une protection spéciale. Il faut ici distinguer dans la législation quatre phases dont deux seulement, la première et la troisième, vont être développées pour le moment, les deux autres appartenant plutôt à l'étude de la capacité personnelle du mineur.

Première phase. — Une loi *Plætoria* (1), dont nous ignorons la date, mais qui existait certainement au milieu du VIe siècle de Rome, puisque Plaute y fait une allusion évidente (*Pseudolus*, I, III, v. 84), contenait les trois dispositions suivantes : 1° contre toute personne qui aurait frauduleusement abusé de l'inexpérience d'un mineur de vingt-cinq ans, elle organisait une poursuite deux fois mentionnée par Cicéron (*De off.*, III, 15; *De nat. deor.*, III, 30) qui l'appelle *judicium publicum rei privatæ* (2). Cette poursuite, ouverte à tous, entraînait infamie pour le condamné, et d'après la table d'Héraclée (cap. 8) il devenait incapable de figurer dans l'*ordo* ou corps des décurions, par conséquent perdait l'aptitude aux dignités municipales; 2° le mineur

rement, c'est qu'on avait discuté si la curatelle des prodigues pouvait appartenir à ses enfants, qui sont pourtant ses plus proches agnats (L. 1 § 1, *De curat. fur.*). Or, à coup sûr, si le prodigue ayant des enfants avait seul pu être interdit et mis en curatelle, la question n'aurait fait aucun doute, puisque la loi des Douze Tables appelait à la curatelle le *proximus agnatus*.

(1) C'est sous ce nom qu'elle est désignée dans la table d'Héraclée, monument qui remonte au VIIe siècle de Rome et qu'on a trouvé en 1732 dans le golfe de Tarente. Les manuscrits des auteurs qui en parlent l'appellent *lex Lætoria* ou *lex Lectoria*. Mais ils ne méritent évidemment pas le même degré de confiance qu'un monument d'origine romaine.

(2) Par cette antithèse, Cicéron veut faire ressortir que ce *judicium publicum* est fondé sur un pur intérêt privé, tandis qu'en règle générale les *judicia publica* supposent un intérêt public lésé.

trompé (*circumscriptus*) pouvait, cela est du moins très-probable, opposer par voie d'exception, peut-être même aussi par voie d'action, la nullité de ses engagements (L. 7 § 1, *De except.*, XLIV, 1. — L. 19, *De nov.*, XLVI, 2. — Plaut., *Rudens*, V, 3, v. 25 et 26); 3° il aurait pu résulter de ces deux dispositions que les personnes de bonne foi, craignant de se voir accusées de fraude et de ne point recouvrer leur créance, ne voulussent pas traiter avec les mineurs, et qu'en conséquence, ceux-ci manquant de crédit, la protection établie en leur faveur ne tournât contre eux (1). Pour prévenir ces dangers, la loi *Plætoria* autorisa les mineurs à se faire nommer un curateur spécial toutes les fois qu'ils auraient un acte juridique à faire. Le consentement de ce curateur écartait tout soupçon de fraude et assurait la pleine validité de l'acte. Cette troisième disposition nous est connue par un texte du biographe Julius Capitolinus sur lequel je reviendrai tout à l'heure.

Deuxième phase. — Le préteur considérant que les mineurs même non trompés pouvaient avoir été lésés, créa en leur faveur le bénéfice de l'*in integrum restitutio* en vertu duquel leurs actes, quoique valables en droit civil, purent être rescindés en cas de lésion. Les règles relatives à ce bénéfice seront ultérieurement développées (n°s 172 et s.).

Troisième phase. — Julius Capitolinus, racontant la vie de Marc-Aurèle (10), constate qu'avant ce prince il n'y avait lieu à curatelle que pour démence, pour prodigalité (*lascivia*), ou en vertu de la loi *Plætoria*, mais en ce dernier cas *redditis causis*, c'est-à-dire pour une affaire spéciale; et que désormais tout adulte put recevoir un curateur même *non redditis causis*. Qu'est-ce à dire, sinon qu'à partir de Marc-Aurèle, la minorité de vingt-cinq ans fut considérée par elle-même comme une cause suffisante à l'établissement d'une curatelle générale et permanente? Mais cette curatelle s'impose-t-elle au mineur, comme elle s'impose au prodigue et au fou? Les textes du droit classique répondent non (L. 13 § 2, *De tut. et curat.*, XXVI, 5), et Justinien déclare encore que les adultes ne reçoivent pas de curateur malgré eux (§ 2 *sup.*). Toutefois, j'incline, et je dirai bientôt pourquoi, à res-

(1) C'est ce que met très-bien en lumière le passage précédemment indiqué de Plaute. « *Lex me perdit quina vicennaria : metuunt credere omnes* », dit un dissipateur. Et son interlocuteur lui répond : « *Eadem est mihi lex : metuo credere.* » Cette *lex quina vicennaria*, ou loi relative à l'âge de vingt-cinq ans, ne peut être que la *lex Plætoria*.

treindre ce principe aux mineurs qui n'ont jamais été en tutelle. Et même, ainsi restreint, on va voir qu'il subit plusieurs exceptions (n° 169).

Au surplus l'innovation de Marc-Aurèle fit probablement tomber en désuétude le *judicium publicum* établi par la loi *Plætoria*. Mais il est certain qu'elle n'enleva au mineur ni l'exception fondée sur le dol de la partie qui avait traité avec lui (1), ni le bénéfice de l'*in integrum restitutio* dont l'application toutefois devint beaucoup plus rare.

Quatrième phase. — Par un progrès naturel on fut conduit à établir une différence entre les adultes sans curateur et les adultes pourvus d'un curateur. Les premiers restèrent pleinement capables en droit civil. Les autres, je le montrerai bientôt, devinrent incapables de faire leur condition pire sans le consentement de leur curateur (n° 175).

169. Reste à signaler les exceptions à la règle générale d'après laquelle les mineurs de vingt-cinq ans n'ont un curateur qu'autant qu'ils le veulent bien. Dans le dernier état du droit (2), ces exceptions paraissent être au nombre de quatre :

1° Le mineur sort de tutelle. Son compte ne peut lui être rendu ni ses biens restitués, tant qu'il ne s'est pas fait nommer un curateur. Le tuteur doit même l'avertir de solliciter cette nomination, et au besoin il est lui-même autorisé à prendre l'initiative auprès du magistrat. Que s'il rendait son compte au mineur agissant seul, en cela il commettrait une faute connexe à son administration de tuteur, et par conséquent demeurerait, à ce titre, responsable de toutes les étourderies par lesquelles le mineur aurait pu dissiper son patrimoine

(1) Cette exception pouvait-elle être opposée à d'autres que l'auteur du dol? Je suis porté à le croire, et j'explique ainsi que des textes classiques déjà cités la mentionnent comme distincte de l'exception *doli mali*.

(2) J'estime que dans le droit classique les femmes pubères qui n'avaient pas encore vingt-cinq ans étaient toujours en curatelle. En effet, nous avons vu (n° 165) que les femmes en tutelle administrent elles-mêmes leurs biens quand elles ont atteint la *perfecta ætas* et que du jour où elles sont pubères, leurs tuteurs n'administrent pas. Qui donc administrait les biens de la femme adulte? Puisque ce n'était ni elle ni son tuteur, ce ne pouvait être qu'un curateur. Cette induction est confirmée par un texte de Paul (*Fr. Vat.*, § 110). Une femme mariée voulant, dit-il, se constituer une dot, la présence de son curateur ne suffirait pas, il lui faut l'*auctoritas* de son tuteur. Cette femme a donc à la fois un tuteur et un curateur, un tuteur à raison de son sexe, un curateur évidemment à raison de son âge.

(L. 5 § 5, *De adm. et peric.* — L. 7, C., *Qui pet. tut.*, V, 31). Mais le curateur ainsi nommé va-t-il être dessaisi, une fois le compte rendu, et le mineur mis en possession de ses biens va-t-il les administrer en toute liberté? Ce serait là, à mon sens, une solution peu pratique, et je ne pense pas qu'elle ait été admise. Cette conjecture peut s'appuyer sur un texte d'Ulpien (L. 1 § 3, *De minor.*, IV, 4), où nous lisons que de son temps les adultes sont régis par un curateur jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, et que jusque-là on ne doit pas, quelque habiles qu'ils soient, leur laisser l'administration de leurs biens (1). Entendu de tous les mineurs, ce texte contredirait absolument la règle posée par Justinien (§ 2 *sup.*). Restreint aux mineurs qui ont été en tutelle, il prend un sens très-raisonnable; il réduit seulement l'application de la règle au lieu de la supprimer. Nous avons donc ici un curateur qui, quoique donné à l'occasion d'un acte spécial, se trouve investi d'une fonction permanente. Il doit surveiller l'administration des biens dont il a surveillé la restitution.

2° Le mineur a un procès à soutenir comme demandeur ou comme défendeur. S'il plaide seul et qu'il succombe, il réussira peut-être à obtenir une *in integrum restitutio* qui ôterait à son adversaire le bénéfice de la chose jugée. Plaide-t-il, au contraire, avec l'assistance d'un curateur? L'*in integrum restitutio*, encore possible, ne lui sera du moins accordée qu'après des poursuites rendues vaines par l'insolvabilité du curateur. De là l'obligation pour ce mineur de demander un curateur *ad litem* et le droit pour la partie adverse de le faire nommer elle-même (§ 2 *sup.* — L. 1, C., *Qui pet. tut.*, V, 31). Ici, le curateur est évidemment dessaisi, une fois le procès terminé.

3° Le mineur étant créancier, le débiteur qui paye entre ses mains court également le risque d'une *in integrum restitutio*, si les deniers viennent à être dissipés. Donc on l'autorise ou à déposer l'argent dans un temple (*in æde sacra*) afin d'arrêter le cours des intérêts, ou à exiger la nomination d'un curateur entre les mains ou avec le consentement duquel il payera (L. 7 § 2, *De minor.*, IV, 4).

(1) Ce texte, et il y en a d'autres qui le confirment (L. 1 §§ 3 et 4, *De adm. et per.*, XXVI, 7. — L. 1 § 2, *De reb. eor.*, XXVII, 9), prouve péremptoirement que le curateur du mineur de 25 ans ne se borne pas à donner son *consensus*, mais qu'il administre. Cependant on en trouve un grand nombre qui semblent impliquer le contraire par cela même que, mentionnant les pouvoirs de gestion du curateur, ils se réfèrent exclusivement à la curatelle des fous et des prodigues. Je les explique par l'introduction tardive et par le caractère facultatif de la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.

Une même pensée a inspiré ces trois exceptions au principe : rendre un compte de tutelle, plaider, payer ce qu'on doit, sont des actes nécessaires. Il est donc indispensable que la loi les entoure d'une certaine sécurité (1). Tout au contraire vendre, s'associer, passer un bail, et d'une manière générale faire une convention quelconque, c'est user d'une pure faculté. Celui qui fait de pareils actes choisit librement la personne avec qui il traite. Et voilà pourquoi la loi n'a pas posé en règle le droit, pour qui contracte avec un mineur, d'exiger qu'il se fasse d'abord nommer un curateur. Ce droit est remplacé par le droit plus fort de s'abstenir.

4° Le mineur est atteint d'aliénation mentale; assurément, qu'il le veuille ou ne le veuille pas, il devra être pourvu d'un curateur. Mais sera-ce à titre de fou ou à titre de mineur? Le principe posé aux Institutes (§ 2 *sup.*) conduirait à la première décision. C'est la seconde pourtant qui a été admise par les jurisconsultes (L. 3 § 1, *De tut.*, XXVI, 1). Et elle entraîne comme conséquence particulièrement remarquable l'exclusion de la curatelle légitime des agnats et la faculté pour le magistrat de nommer dans tous les cas le curateur (2). Logiquement, et en l'absence de textes, on doit croire que la même décision était admise à l'égard du mineur prodigue.

170. *Curatelle des pupilles.* — Nous avons déjà rencontré cette curatelle dans trois hypothèses qu'il est inutile de reproduire ici (n° 147). Une quatrième hypothèse est indiquée aux Institutes (§ 5 *sup.*) : il faut supposer un tuteur inhabile à administrer, et pourtant exempt du dol et de la faute lourde qui permettraient de provoquer sa destitution. En pareil cas, on lui adjoint un curateur (3) qu'il ne faut

(1) Toutefois cette sécurité demeure incomplète en ce que la nomination d'un curateur ne fait que rendre l'*in integrum restitutio* plus rare, mais ne la rend pas du tout impossible. On verra plus tard qu'en ce qui concerne le payement, Justinien imagina un moyen fort simple de parer à ce danger (Inst., § 2, *Quib. alien. lic.*, II, 8. — N° 292).

(2) Cette décision offre aussi cet avantage incontestable de laisser sans difficulté subsister les pouvoirs du curateur pendant la durée des intervalles lucides (n° 171).

(3) Le texte des Institutes (§ 5 *sup.*) provoque deux observations : 1° il permet de conjecturer avec beaucoup de vraisemblance que dans le principe ce curateur ne pouvait être adjoint qu'à un tuteur légitime, et cela probablement comme moyen de remédier aux inconvénients résultant de ce qu'un tel tuteur échappait au *suspecti crimen* (n° 160). Plus tard, quand la jurisprudence eut effacé sur ce dernier point toute distinction entre les tuteurs légitimes et les autres, l'adjonction d'un curateur fut conservée comme ressource générale pour tous les cas où le tuteur quelconque

pas confondre avec un autre personnage appelé *adjutor tutelæ* ou *actor* (§ 6 *sup.* — L. 13 § 1, *De tut.*, XXVI, 1). Trois différences les séparent : 1° il n'y a lieu à la nomination du curateur que lorsque le tuteur ne s'entend pas à administrer. L'*adjutor tutelæ* est nécessaire, lorsque le tuteur est empêché par la maladie, par une dignité, par la complication des affaires du pupille ou par toute autre circonstance majeure, cela du reste en supposant le pupille absent ou *infans*. Car, s'il est présent et sorti de l'*infantia*, il constitue lui-même un procureur avec l'*auctoritas* du tuteur; 2° le curateur est nécessairement nommé par le magistrat. L'*adjutor tutelæ* est nommé soit par le magistrat sur la désignation du tuteur, soit par le tuteur lui-même avec la permission du magistrat; 3° le tuteur n'est pas responsable de la gestion du curateur; il répond de celle de l'*adjutor tutelæ* (L. 24, *De adm. et peric.* — L. 11, C., *De procur.*, II, 13).

II. — DE LA CAPACITÉ PERSONNELLE DES FOUS, DES PRODIGUES ET DES MINEURS DE VINGT-CINQ ANS. — SPÉCIALEMENT DE L'*in integrum restitutio* ACCORDÉE AUX MINEURS DE VINGT-CINQ ANS.

171. Il s'agit de rechercher s'il y a des actes que ces personnes ne puissent pas faire seules, et, en cas de réponse affirmative, si le consentement du curateur peut les relever de leur incapacité. Cette question comporte des solutions différentes, selon qu'il s'agit du fou, du prodigue ou du mineur de vingt-cinq ans. Au surplus, il n'y a plus lieu de distinguer ici entre les personnes *sui juris* et les personnes *alieni juris*.

Des fous. — Les Romains paraissent avoir fait à toute époque une distinction entre les intervalles lucides et les moments de démence. Durant ses intervalles lucides, le fou est considéré comme aussi pleinement capable qu'une personne qui n'aurait jamais perdu la raison

compromettait, sans encourir le *suspecti crimen*, les intérêts du pupille; 2° les Institutes expliquent la nomination de ce curateur en disant qu'on ne donne pas de tuteur à celui qui en a déjà un. Ce motif est exact quand il s'agit de tuteurs légitimes; mais on a déjà vu que de plusieurs tuteurs testamentaires, l'un venant à manquer, on le remplace par un autre. Le motif donné cadre donc bien avec cette conjecture que dans le principe la nomination de ce curateur supposait une tutelle légitime. Mais il est inexact dans le dernier état du droit. On se contente d'un curateur, parce qu'un curateur suffit pour la gestion. Mais s'il y a nécessité de faire un acte qui exige l'*auctoritas*, il faudra que le tuteur intervienne pour la donner.

(Inst., § 1, *Quib. non est permis.*, II, 12. — L. 2, C., *De cont. empt.*, IV, 38). Se trouve-t-il, au contraire, dans un moment de démence : comme l'intelligence, et par suite la volonté, lui manquent absolument, tous les actes qu'il peut faire sont nuls, sans distinguer s'ils tendent à rendre sa condition meilleure ou pire (Inst., § 8, *De inut. stip.*, III, 19. — L. 1 § 12, *De oblig. et act.*, XLIV, 7.). Et il est évident que le consentement du curateur ne préviendrait pas la nullité, ce consentement ne pouvant que fortifier, mais non suppléer la volonté de la personne en curatelle. Cette distinction, qui en elle-même paraît simple et rationnelle, devient dangereuse quand on passe de la théorie à la pratique. Et, d'abord, l'homme a-t-il agi en état de démence ou de lucidité? Ce sera trop souvent une question litigieuse et d'autant plus difficile à résoudre qu'elle ne s'élèvera d'ordinaire que longtemps après la confection de l'acte. Mais en outre, comme la folie n'est pas l'état normal de l'homme et par conséquent ne saurait se présumer, le juge devra, en l'absence de preuves et à moins que la démence ne résulte des clauses mêmes de l'acte, admettre qu'il est l'œuvre d'une personne saine d'esprit. Donc multiplication des procès et insuffisance de protection pour les fous, tels sont les inconvénients de la distinction romaine. Au surplus, dès l'époque classique, elle souleva une difficulté que Justinien nous expose, selon son habitude, assez obscurément : fallait-il décider que, chaque fois que le fou recouvrerait sa capacité par la survenance d'un intervalle lucide, le curateur devenu inutile serait dessaisi de ses pouvoirs d'administrateur? ou au contraire devait-il en conserver l'exercice sans aucune solution de continuité? Cette seconde manière de voir, quoique plus raisonnable peut-être, est rejetée par Justinien : il veut que pendant la durée des intervalles lucides, le curateur garde son titre, mais perde ses fonctions, sauf à les reprendre à chaque nouvelle manifestation de la folie (L. 6, C., *De curat. fur.*, V, 70). D'où il suit que le curateur du fou n'aura jamais à donner son *consensus* aux actes de ce dernier : ou il agira lui-même et lui seul, ou il ne se mêlera de rien.

Des prodigues. — Tandis que l'incapacité du fou commence de plein droit avec la folie et cesse aussi de plein droit avec elle, par conséquent nous apparaît intermittente, celle du prodigue, au contraire, ne résulte que de l'interdiction prononcée par le magistrat et ne s'efface que par la mainlevée de cette interdiction, par conséquent présente un caractère de continuité. En outre, comme le prodigue, à la différence du fou, ne perd ni son intelligence ni sa volonté, on a

bien pu admettre qu'il ne rendrait pas sa condition pire sans le *consensus* du curateur (1); mais il conserve le droit de faire seul les actes qui la rendent meilleure (L. 6, *De verb. obl.*, XLV, 1. — L. 3, *De nov.*, XLVI, 2) (2). Aussi l'a-t-on assez justement comparé au pupille (L. 9 § 7, *De reb. cred.*, XII, 1) (3).

172. *Des mineurs de vingt-cinq ans.* — Dans les principes du droit ancien, non-seulement les mineurs de vingt-cinq ans administraient toujours eux-mêmes leur patrimoine, mais ils avaient exactement la même capacité que les majeurs de vingt-cinq ans (L. 43, *De obl. et act.*, XLIV, 7). D'où il suit qu'ils s'obligeaient avec une entière liberté, que rien même ne les empêchait de se dépouiller par des dispositions gratuites, telles que des affranchissements ou des donations (L. 2, C., *Si adv. donat.*, II, 30). On a vu cependant que la loi *Plætoria* les déclarait incapables d'être trompés. Sous cette réserve ils demeuraient dans le droit commun. Le préteur et les empereurs les y dérobèrent.

C'est le préteur qui donna le signal de la réaction en créant pour eux le bénéfice de l'*in integrum restitutio*. On appelle ainsi la décision par laquelle le magistrat rescinde un acte valable selon le droit civil et remet juridiquement les choses dans leur état antérieur (4).

Cette restitution ne s'appliqua d'abord qu'à des actes faits par le mineur lui-même. Le texte de l'édit le prouverait au besoin (L. 1 § 1, *De minor.*, IV, 4), si cela ne résultait, avec plus de force encore, d'une considération historique : c'est que l'innovation prétorienne remonte à une époque où les mineurs n'avaient pas encore de curateur général qui administrât pour eux. Sans nul doute, au surplus, le mineur pouvait être restitué, bien qu'il se fût fait assister par un cura-

(1) Ce principe fut modifié bien longtemps après Justinien par la novelle 39 de l'empereur Léon le Philosophe.

(2) Je conclus de là qu'Horace, dans un passage (*Sat.*, II, 3, v. 217 et 218) où il a d'ailleurs le tort d'appeler la curatelle *tutela*, exagère quand il présente l'interdiction comme ôtant au prodigue tout droit (*omne jus*). Ne pourrait-on pas cependant se fonder sur la formule même de l'interdiction (page 404, note 3) pour soutenir que le prodigue, n'ayant plus le *commercium*, ne pouvait pas recevoir une mancipation? Ce serait, je pense, exagérer la portée de cette formule, qui très-probablement n'entend priver l'interdit du *commercium* qu'au point de vue passif.

(3) Mais par cela même on se trompe lorsqu'on le compare au fou (L. 40, *De reg. jur.*, L, 17).

(4) L'*in integrum restitutio* fut admise aussi pour les majeurs de vingt-cinq ans, mais dans des circonstances toutes spéciales, et non pas sur le fondement d'une simple lésion (L. 1 § 1, *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6). Je présenterai plus tard la théorie générale de l'*in integrum restitutio;* pour le moment, je me contente de l'envisager relativement aux mineurs.

teur spécial, conformément à la loi *Plætoria*. Aussi ne paraît-il pas qu'on ait hésité, après l'introduction des curateurs généraux, à maintenir indistinctement la restitution pour tous les actes faits par le mineur, soit seul, soit avec le *consensus* de son curateur. Logiquement, cela conduisait à décider que les actes de gestion du curateur lui-même n'échapperaient pas à l'*in integrum restitutio*, et telle est bien la doctrine romaine (LL. 2 et 3, C., *Si tut. vel curat. int.*, II, 25). Du reste, les préteurs n'ayant pas distingué entre les mineurs *sui juris* et les mineurs *alieni juris*, les fils de famille purent, sans aucun doute, se faire restituer contre leurs propres actes (L. 3 § 4, *De minor.*) (1); mais la restitution ne se conçoit pas pour les esclaves, puisqu'ils n'ont rien à aliéner et que leurs actes juridiques ne les obligent jamais (L. 3 § 11, *De minor.*) (2).

Enfin, bien que le préteur, dans son Édit, n'eût songé peut-être qu'aux adultes, seuls compris ordinairement sous la désignation de mineurs de vingt-cinq ans, on admit sans difficulté l'*in integrum restitutio* au profit des pupilles, soit contre les actes qu'ils auraient faits avec l'*auctoritas* du tuteur, soit contre les actes de gestion du tuteur lui-même (L. 29 pr.; L. 47 pr., *De minor.*, IV, 4).

173. Les mineurs n'obtiennent l'*in integrum restitutio* qu'à une double condition. Il faut : 1° qu'ils aient éprouvé une lésion (3); 2° que nulle autre voie de droit ne leur soit ouverte, ou du moins ne leur offre une protection équivalente. Ces deux conditions appellent l'une et l'autre des développements distincts.

1° *De la lésion.* — Ce mot éveille avant tout l'idée d'un appauvrissement. Donc nul doute sur l'admissibilité de l'*in integrum restitutio*, quand le patrimoine du mineur aura été diminué, par exemple, par une aliénation. Et, en sens inverse, nul doute qu'elle soit inadmissible, lorsque le mineur aura simplement refusé une offre de donation. Mais faut-il conclure de là à la nécessité absolue d'une diminution proprement dite du patrimoine? Cette doctrine serait condamnée par beaucoup de textes, et spécialement par les trois décisions suivantes : 1° le mineur a répudié une hérédité avantageuse; on le restitue quoiqu'il ait simplement négligé une occasion d'acquérir (L. 7 § 9,

(1) Mais si nous supposons le père tenu d'une action à l'occasion de l'acte fait par son fils, il ne profite jamais de la restitution accordée à celui-ci.

(2) Je signale cependant, à titre de curiosité, un cas exceptionnel (L. 5, *De minor.*, IV, 4).

(3) De là le brocard : *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.*

De minor., IV, 4); 2° il a vendu une chose pour un prix peut-être très-suffisant; mais, des offres supérieures lui étant faites, il les a repoussées. Ici encore on le restitue, bien qu'il ait manqué un bénéfice plutôt que subi une perte (L. 7 §§ 6 et 8, *De minor.*); 3° ayant acheté une chose sous la condition que la vente serait résolue si le vendeur trouvait un meilleur acheteur, il a laissé s'accomplir la condition résolutoire, faute d'offrir lui-même un prix supérieur. Bien que par là peut-être il s'évite une perte pécuniaire, on l'admet à se faire restituer si la chose avait pour lui un prix particulier d'affection, par exemple parce qu'elle avait appartenu à ses ancêtres (L. 35, *De minor.*). Si de ces décisions particulières on essaye de tirer une formule générale, on peut dire qu'un gain manqué ou un intérêt moral méconnu constituent une lésion suffisante, pourvu qu'à ces circonstances se joigne la perte d'un droit né et actuel, soit qu'il fût déjà entré dans le patrimoine du mineur ou qu'il dépendît de lui de l'y faire entrer.

A s'en tenir au texte de l'Édit, on croirait que la lésion ainsi définie doit nécessairement résulter d'un acte positif, qu'elle implique *aliquid gestum* (L. 1 § 1, *De minor.*). Mais les jurisconsultes n'hésitèrent pas à admettre la restitution à l'égard des simples omissions lorsqu'elles emportaient, comme l'aurait pu faire un acte proprement dit, diminution du patrimoine, ou dépouillement d'un droit. Ainsi le mineur a-t-il négligé de faire valoir un moyen de défense en justice ou d'interjeter appel d'une condamnation? A-t-il laissé usucaper une chose par un tiers, périr un droit d'usufruit par le non-usage, ou s'éteindre une action temporaire? A-t-il laissé défaillir la condition sous laquelle il était institué héritier, ou s'écouler le laps de temps fixé pour demander une *bonorum possessio?* Dans toutes ces hypothèses, la restitution ne saurait lui être refusée (L. 3 § 8; L. 7 § 11; LL. 36 et 44, *De minor.*).

Au surplus, l'*in integrum restitutio* ne doit ni dégénérer en un piége pour les tiers, ni entraver la gestion du mineur ou de son curateur en leur ôtant tout crédit. Elle n'a d'autre but que de le garantir des dangers auxquels l'expose son inexpérience, ce que les textes appellent *lubricum ætatis* ou *levitas juvenilis* (L. 11 § 5; L. 24 §§ 1 et 2, *De minor.*) (1). Et de là je déduis les propositions suivantes : 1° le mineur lésé par son propre délit ou par son dol n'est

(1) Il ne faudrait pas objecter contre cette proposition que la restitution est bien accordée aux mineurs contre les actes de leur tuteur ou curateur. Car c'est leur inexpérience qui a rendu la curatelle ou la tutelle nécessaire, et en conséquence il

jamais admis à se faire restituer (L. 9 § 2; L. 37 § 1, *De minor.*); 2° il ne l'est pas non plus, quand la lésion résulte d'un pur cas fortuit qui eût atteint le majeur même le mieux avisé, par exemple, s'il a acheté à bon marché une maison qui vient ensuite à brûler ou des esclaves qui périssent de maladies imprévues (L. 11 §§ 3 à 5, *De minor.*); 3° même décision, lorsque la lésion a sa cause unique dans l'application d'une règle de droit à laquelle nul n'aurait pu se soustraire. Et par exemple, un mineur dont la créance est garantie par trois fidéjusseurs divise son action entre eux, ce qui a pour effet nécessaire de réduire l'obligation de chacun à une part virile : si dès à présent l'un d'eux est insolvable, la restitution sera accordée contre les deux autres, parce que c'est entre eux deux seulement que le mineur était tenu de faire la division. Tous, au contraire, sont-ils actuellement solvables : les insolvabilités postérieures n'autoriseront pas la restitution; car ici la loi exigeait d'une manière absolue que le mineur divisât ses poursuites, comme il l'a fait (L. 51 § 4; L. 52 § 1, *De fidej.*, XLVI, 1); 4° enfin, la lésion, pour être prise en considération, doit toujours présenter une certaine gravité. C'est ici le cas d'appliquer l'adage vulgaire : *De minimis non curat prætor* (L. 4, *De in int. rest.*, IV, 1. — L. 24 § 1, *De minor.*).

2° *Absence de toute action ou voie de droit équivalente* (1). — Cette condition implique d'abord inutilité de l'*in integrum restitutio* contre tout acte nul selon le droit civil lui-même (2). Car ce qui n'existe pas ne saurait être rescindé. Cette observation s'applique : 1° aux actes par lesquels le pupille non autorisé fait sa condition pire (L. 16 pr., *De minor.*); 2° aux donations et autres actes faits par un tuteur ou un curateur en dehors de ses pouvoirs (n° 148. — L. 3, C., *De tut. vel cur.*, V, 42); 3° aux aliénations prohibées par le sénatus-consulte de Septime Sévère (n° 149), et cela, soit qu'elles émanent du tuteur ou du curateur agissant seul, soit qu'elles aient été faites par le pupille autorisé, ou par l'adulte agissant avec ou sans le consentement de son curateur (L. 49, *De minor.*) (3).

est vrai de dire que sans leur âge ils n'eussent pas été exposés à se voir victimes des fautes d'autrui.

(1) Cette seconde condition s'applique également à l'*in integrum restitutio* des majeurs.

(2) L'*in integrum restitutio* n'est d'ailleurs donnée contre un acte valable qu'autant que cet acte n'échappe pas à la possibilité d'un anéantissement juridique. Ainsi, la liberté étant irrévocable, le mineur ne sera pas restitué contre des affranchissements même très-préjudiciables : à ce point de vue, il trouve jusqu'à l'âge de vingt ans une protection suffisante dans la loi *Ælia Sentia* (n° 70).

(3) Deux textes de Scévola (L. 39 § 1; L. 17 § 1, *De minor.*) donnent la restitu-

Cette seconde condition emporte encore exclusion de l'*in integrum restitutio*, toutes les fois que le pupille ou le mineur trouvent une pleine et efficace protection dans leurs actions tant contre les tuteurs ou curateurs que contre les cautions fournies par ces personnes, ou contre les magistrats municipaux (L. 13 § 11, C., *De jud.*, III, 1). Est-ce à dire que la solvabilité du tuteur ou du curateur s'oppose nécessairement à l'*in integrum restitutio* contre les actes qu'ils ont faits ou auxquels ils ont participé? Je réponds par une distinction. La restitution ne sera pas admise, si elle ne présente pour le mineur aucun avantage particulier; elle le sera, au contraire, lorsqu'elle donnera une plus pleine satisfaction à ses intérêts. Deux exemples vont me faire comprendre. Un tuteur a touché un payement au nom de son pupille, puis il a dissipé l'argent. La restitution aurait pour conséquence d'imposer au débiteur un second payement. Or qu'importe au pupille de recevoir l'argent de son débiteur ou celui du tuteur? Il devra donc se contenter de l'action de tutelle. Si au contraire nous supposons une aliénation mal faite, ne pourra-t-il pas à l'indemnité qu'il a le droit d'exiger de son tuteur, préférer le recouvrement de son bien? Dans ce but l'*in integrum restitutio* lui sera accordée; car l'action *directa tutelæ* n'aboutirait qu'à une satisfaction pécuniaire (LL. 3 et 5, C., *Si tut. vel cur.*, II, 25) (1).

L'*in integrum restitutio* se présente donc à nous comme un recours subsidiaire; et cela devait être, puisque, contrairement aux exigences de l'équité et aux vrais principes du crédit public, elle produit ses effets contre des tiers de bonne foi et contre des actes valables. Néanmoins, le mineur dont le consentement aurait été extorqué par violence ou surpris par dol peut opter entre la restitution ou l'action *quod metus causa* (L. 21 § 6, *Quod. met. caus.*, IV, 2), et il ne lui est pas permis d'exercer l'action *de dolo* quand il peut se faire restituer (L. 7 § 1, *De in int. rest.*, IV, 1. — L. 38, *De dol. mal.*, IV, 3). Ces dérogations

tion contre des aliénations immobilières. Mais leur auteur vivait avant Septime Sévère; il ne commet donc aucune erreur. Quant à Justinien, il devait d'autant moins insérer ces textes au Digeste, qu'à raison de l'extension donnée par Constantin au sénatus-consulte de Septime Sévère, ils avaient absolument cessé d'être exacts, ne s'appliquant plus même aux *prædia urbana*.

(1) Ces textes ne faisant pas expressément la distinction que je viens de développer, on en a quelquefois conclu que le mineur doit toujours être reçu, nonobstant la solvabilité du tuteur ou du curateur, à se faire restituer *in integrum* plutôt que de les poursuivre. Mais une telle doctrine dépasse évidemment le but du préteur.

à la règle s'expliquent par les conséquences particulièrement graves de ces deux actions, la première exposant le défendeur à une condamnation au quadruple, la seconde à l'infamie.

174. L'*in integrum restitutio* peut être demandée, soit pendant la minorité (L. 5 § 1, C., *De in int. rest. min.*, II, 22), soit pendant une année utile à compter de la majorité acquise. A ce délai nécessairement variable, car on le calculait en excluant tous les jours où le magistrat n'avait pas siégé, Justinien substitua une durée fixe de quatre ans continus, passé laquelle la poursuite ne pourrait plus être ni intentée ni continuée (L. 7, C., *De temp. in int.*, II, 53) (1).

A. Paul remarque (L. 24 § 1, *De minor.*) que l'*in integrum restitutio*, par le risque considérable et longtemps prolongé dont elle menaçait les tiers, ôtait en quelque sorte aux mineurs la faculté de contracter. La protection, comme il arrive souvent, devenait pour eux une gêne. De là une innovation dont il nous est impossible de fixer la date précise, mais que nous trouvons en vigueur dans la seconde moitié du IIIe siècle. Je parle de la *venia ætatis* introduite par les empereurs (2). Ce bénéfice peut être accordé par rescrit impérial aux femmes dès l'âge de dix-huit ans, aux hommes à partir de vingt ans seulement. Il produit les trois effets suivants : 1° il rend l'*in integrum restitutio* non recevable pour les actes à venir du mineur (L. 1, C., *De his qui ven.*, II, 45); 2° à l'égard de ses actes antérieurs, il fait courir le délai dans lequel elle doit être demandée et obtenue, mais cela sous cette réserve essentielle que l'inaction du mineur n'emportera jamais déchéance avant qu'il ait atteint sa vingt-cinquième année (L. 3 pr., C., *De temp. in int. rest.*, II, 53); 3° il dessaisit le curateur ou fait cesser toute possibilité d'une curatelle (L. 3, C., *Si major fact.*, V, 74). En un mot, et ainsi que l'exprime un des textes précités, le mineur acquiert

(1) Déjà l'ancien droit exigeait, en principe, que tout fût terminé dans l'année utile. Mais on exceptait, comme le fait Justinien lui-même, les cas d'impossibilité et de force majeure (L. 39 pr., *De min.*).

(2) L'expression *venia ætatis* se rencontre chez les jurisconsultes comme désignant le bénéfice de l'*in integrum restitutio* accordée à raison de l'âge (L. 20 pr., *De minor.*). Cette observation faite, et la question de langage réservée, ne trouve-t-on pas déjà à l'époque classique le bénéfice que les textes du Code appellent *venia ætatis?* Je m'appuie, pour le croire, sur un texte de Papinien (L. 39 § 13, *De adm. et peric. tut.*, XXVI, 7), où il est question d'un ex-pupille *qui restitutionis auxilio non juvatur*. Si ces expressions ne font pas allusion à un mineur qui a obtenu la *venia ætatis*, elles seraient, on l'avouera, une périphrase assez étrange pour désigner le majeur.

les droits du majeur. Une seule exception vient restreindre la portée de cette formule : c'est qu'il reste, quant à l'aliénation de ses immeubles, soumis au sénatus-consulte de Septime Sévère (L. 3, C., *De his qui ven.*).

175. Reste à dire quelques mots des modifications apportées par le droit civil lui-même à la capacité personnelle des mineurs de vingt-cinq ans. Ces modifications sont au nombre de deux : 1° bien que le sénatus-consulte rendu sous Septime Sévère ne statuât que sur les aliénations consenties par le curateur, on n'hésita pas à en étendre les dispositions au mineur lui-même. Il eût été déraisonnable, en effet, que, seul ou même avec le consentement de son curateur, le mineur pût faire des actes que l'on interdisait à ce dernier, non pas à cause de leurs formes, mais à raison de leur but et de leur danger. La jurisprudence se montra même tellement sévère sur ce point, que la prohibition survivait, avons-nous vu, à l'obtention de la *venia ætatis* (1); 2° il est très-probable que sur la fin du IIIe siècle la législation impériale établit une différence profonde entre les mineurs pourvus d'un curateur et ceux qui n'en avaient pas. Ceux-ci conservèrent en principe toute leur capacité, tandis que ceux-là devinrent incapables de faire leur condition pire sans le consentement de leur curateur. Cette conjecture explique deux textes qui se contredisent. En effet, Modestin, l'un des derniers urisconsultes classiques, admet très-nettement la validité de la promesse faite par le mineur sans le concours de son curateur (L. 101, *De verb. oblig.*, XLV, 1). Dioclétien, au contraire, déclare nulle la vente consentie par un mineur qui avait un curateur et qui ne l'a point consulté, tandis que, s'il eût été dépourvu de curateur, le contrat vaudrait (L. 3, C., *De in int. rest.*, II, 22). La décision de Dioclétien exprime un droit de formation récente, et elle n'est qu'une conséquence très-naturelle de l'innovation de Marc-Aurèle. Du jour où l'on eut admis que les mineurs recevraient toujours un curateur sur leur demande, on devait logiquement aboutir à faire une différence entre ceux qui usaient de cette faculté et ceux qui n'en usaient pas. Les premiers avaient eux-mêmes proclamé leur défaut de maturité, et la loi, en les déclarant incapables, ne trompait personne, les tiers étant avertis par la

(1) Dans le droit de Justinien, la nullité des aliénations contraires au sénatus-consulte s'efface par une prescription de cinq ans qui court à partir de la cessation de la minorité. En cas d'aliénation gratuite, la prescription est de dix ans entre presents, de vingt ans entre absents (L. 3, C., *Si major fact. alien.*, V, 74).

notoriété qui s'attache toujours plus ou moins à la nomination d'un curateur (1).

Ces deux modifications apportées par le droit civil à la capacité des mineurs eurent pour conséquence de rétrécir le domaine de l'*in integrum restitutio*. Elle devenait inutile à l'égard des aliénations contraires au sénatus-consulte, et à l'égard de tous actes faits par le mineur qui, ayant un curateur, se passait de son consentement.

III. — INDICATION DES RÈGLES DE LA TUTELLE QUI S'APPLIQUENT AUSSI A LA CURATELLE.

Lib. I, tit. XXV, *De excusationibus tutorum vel curatorum*, § 18. — Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur : in tantum ut, licet paterfamilias qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eumdem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Celui qui a géré la tutelle d'une personne ne peut être forcé d'accepter malgré lui la curatelle de la même personne : à tel point que, quand même ce serait le père de famille qui, nommant un tuteur par testament, aurait ajouté qu'il lui donnait aussi la curatelle, l'homme ainsi désigné ne serait pas forcé de se charger de la curatelle. Ainsi le décide un rescrit de Septime Sévère et d'Antonin.

§ 19. — Iidem rescripserunt maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immiscuerit.

Un rescrit des mêmes princes décide que le mari nommé curateur de sa femme peut s'excuser, bien qu'il se soit déjà immiscé dans la gestion.

(1) Cette explication tout historique des deux textes cités ne lève pas le reproche de contradiction que l'on peut adresser à Justinien. Pour le lui épargner, on a imaginé diverses explications plus ou moins arbitraires. Quelques interprètes, par un procédé fort commode, insèrent une négation dans la phrase de Modestin. D'autres, remarquant que ce jurisconsulte parle d'une promesse et Dioclétien d'une vente, ont distingué entre les obligations et les aliénations. Le mineur, quoique non pourvu du consentement de son curateur, pourrait s'obliger, mais on lui défendrait d'aliéner. Cette distinction, très-peu rationnelle en elle-même, ne se soutient pas même comme interprétation de ces textes, si l'on réfléchit que la vente romaine n'engendre jamais que des obligations, et ne dessaisit nullement le vendeur de la propriété. On insiste, il est vrai, en faisant remarquer que parfois le mot *vendere* s'emploie comme synonyme d'*alienare* (Inst., § 1, *Quib. al. lic.*, II, 8). Mais cette observation, quoique très-exacte, n'a rien de décisif ici, puisque la constitution de Dioclétien annule expressément le *contrat* lui-même. Au surplus, la doctrine à laquelle je me rattache conduit à un résultat quelque peu bizarre. Nous avons vu, en

176. Il faut appliquer à la matière de la curatelle les cinq catégories de règles dont voici l'énumération :

1° Les règles relatives à la nomination du tuteur par le magistrat, par conséquent aussi celles qui concernent la satisdation (n°s 135 et s.) (1). Ces règles recevront même ici une application plus fréquente encore, puisqu'il n'y a ni curatelle testamentaire (2), ni curatelle fiduciaire, et qu'il n'y a d'autre curatelle légitime que celle que la loi des Douze Tables organise pour certains fous et pour certains prodigues.

2° Les règles sur les incapacités, les causes d'exclusion et les excuses (n°s 137 et s.). Cependant il faut signaler ici une incapacité et une excuse toutes spéciales. L'incapacité, que les Institutes (§ 19 *sup.*) ont le tort de présenter comme une simple excuse (3), atteint le mari et le père du mari, l'un ne pouvant être nommé curateur de sa femme, l'autre de sa bru. Paul la fait dériver, par voie de conséquence, du sénatus-consulte qui prohibe le mariage entre la femme mineure de vingt-cinq ans et son curateur ou le fils de son curateur (*Fr. Vat.*, § 201); d'où il suit que, sciemment méconnue, elle doit emporter infamie pour le mari ou son père (L. 4, C., *De excus.*, V, 62). Quant à l'excuse, elle concerne l'ex-tuteur toujours libre de refuser la curatelle de son pupille devenu pubère, et cela quand même une disposition testamentaire expresse l'aurait appelé à la curatelle aussi bien qu'à la tutelle (§ 18 *sup.*).

3° Les règles relatives aux obligations et à la responsabilité du tuteur (n°s 140 à 142; n° 150) (4).

effet, que pendant la période de l'impuberté les fils de famille sont plus profondément incapables que les pères de familles (n° 158). Au contraire une fois la puberté acquise, le fils de famille mineur de 25 ans sera toujours capable (L. 141 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1), le père de famille ne le sera que s'il n'a pas de curateur.

(1) Le fou et le prodigue, quel que soit leur sexe, peuvent être placés sous la curatelle de leur fils (L. 12 § 1, *De tut. et cur.*, XXVI, 5. — L. 1 § 1; L. 4, *De cur. fur.*, XXVII, 10).

(2) Bien qu'on ne reconnaisse pas de curatelle testamentaire, la désignation faite par testament ne demeure pas toujours inutile. Nommé par le père, le curateur est confirmé sans enquête (Inst., § 1, *De cur.*, I, 23); nommé par la mère, il est confirmé après enquête (L. 2 § 1, *De conf. tut.*, XXVI, 3). Au surplus, cette confirmation s'applique sans distinguer si le curateur a été donné à un mineur, à un fou ou à un prodigue; et dans ce dernier cas, on n'exige pas que le prodigue ait été interdit du vivant de son père (L. 16, *De curat. fur.*, XXVII, 10).

(3) Tel est aussi le langage de la loi 17 *De excusationibus*, au Code. Mais le mari, dit ce texte, *doit* s'excuser. Cette manière de parler, que l'on retrouverait encore ailleurs, a conduit certains interprètes à qualifier les incapacités *excuses forcées* ou *excuses nécessaires*, langage inexact et illogique!

(4) On a vu qu'une obligation spéciale incombe au curateur du fou (p. 401, note 1).

4° Les règles qui déterminent la limite des pouvoirs du tuteur (n°s 146 et 148). Je veux dire 1° que les actes que leur nature permet bien au tuteur d'autoriser, mais non de faire seul, ne pourront pas non plus être faits par le curateur seul en sa qualité de gérant : ils devront être faits, avec son consentement, par la personne en curatelle; d'où il suit que, si cette personne est un fou, de tels actes sont impossibles (1); 2° que les actes qui, à raison de leur but, ne peuvent être ni faits ni autorisés par le tuteur, ne pourront pas non plus être faits par le curateur seul, et qu'en général il consentirait vainement à les laisser faire par la personne en curatelle; car il ne lui est pas permis de diminuer le patrimoine de la personne qu'il est chargé de protéger (LL. 12 et 17, *De curat. fur.*, XXVII, 10). Parmi ces actes figurent notamment les aliénations défendues par le sénatus-consulte de Septime Sévère (L. 11, *De reb. eor.*, XXVII, 9).

5° Les règles spéciales au cas où il y a pluralité de tuteurs (n°s 151 et s. — L. 7 § 3, *De cur. fur.*, XXVII, 10. — L. 5, C., *De auct. præst.*, V, 59).

6° Les règles relatives aux modes par lesquels la tutelle prend fin (n°s 159 et s.). L'identité est complète, si l'on envisage seulement la cessation de la curatelle *a parte curatoris* (2). Mais la curatelle peut aussi finir par un événement relatif à la personne en curatelle, et il est évident qu'ici l'on doit substituer à l'acquisition de la puberté, la disparition de la folie, la mainlevée de l'interdiction et l'acquisition de la *perfecta ætas* ou âge de vingt-cinq ans. Il faut ajouter que la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans cesse par le bénéfice spécial de la *venia ætatis* (n° 175).

7° Les règles sur le transport des actions nées en la personne du tuteur (LL. 2 et 5 pr., *Quand. ex fact. tut.*, XXVI, 9).

8° Les règles relatives aux diverses actions données au pupille (n°s 161 et s.), cela toutefois sous la réserve des modifications qui suivent : 1° il n'est pas question pour les personnes en curatelle de

(1) Ce résultat était particulièrement grave quand il s'agissait d'une hérédité dévolue au fou. Aussi avait-on discuté dans l'ancien droit s'il pourrait lui-même faire adition ou demander une *bonorum possessio*, et si ce dernier droit appartiendrait à son curateur. C'est en ce dernier sens que Justinien tranche la question, déclarant que le fou sera complétement incapable de devenir héritier ou *bonorum possessor* par son fait personnel (L. 7 § 3, C., *De cur. fur.*, V, 70).

(2) Évidemment donc, il faut appliquer ici toutes les règles relatives au *suspecti crimen*, si ce n'est que l'adulte peut, sur l'avis de ses plus proches parents, provoquer lui-même la destitution de son curateur, tandis que le pupille n'est jamais admis à poursuivre celle du tuteur (Inst., § 4, *De susp. tut.*, I, 26).

l'action *de distrahendis rationibus;* 2° l'action qu'on leur donne contre le curateur n'est pas, comme l'action *tutelæ directa*, une action originale ayant son nom et ses règles propres (1). Les Romains, comparant le curateur à un *negotiorum gestor*, le soumettent à une action *directa utilis negotiorum gestorum* gouvernée par des règles assez semblables à celles de l'action *tutelæ* (2). Ainsi le mineur, le fou et le prodigue y jouissent du même privilége que le pupille (L. 25, *De tut. et rat.*, XXVII, 3. — L. 15 § 1, *De curat. fur.*, XXVII, 10), et, à partir de Constantin, ce privilége se change, au moins pour le mineur, en une hypothèque tacite (L. 20, C., *De adm. tut.*). L'analogie conduirait encore à décider que cette action ne peut être exercée qu'une fois la curatelle finie *a parte curatoris;* et telle est la règle certaine à l'égard des mineurs (LL. 2 et 14, C., *De adm. tut.*). Quant aux *furiosi*, on les admet à poursuivre leur curateur encore saisi de son titre (L. 4 § 3, *De tut. et rat.*), ce que j'explique par cette considération que le *furiosus* a des intervalles lucides, par conséquent des moments de pleine capacité que le mineur ne connaît pas. Or, chaque fois que la raison lui revient et avec elle la capacité, il est tout naturel que, ressaisissant l'administration de son patrimoine, il puisse demander compte à son curateur. Si tel est le vrai motif, il en faut conclure, en l'absence de textes positifs, que l'action du prodigue et même celle du *mente captus* ne sauraient être exercées qu'après la fin de la curatelle (3); 3° l'action *ex stipulatu* dont sont tenues les cautions fournies par les curateurs peut être exercée même *durante cura*, par cela seul que le curateur a compromis les intérêts qu'il devait protéger (L. 16 § 1, *De tut. et rat.* — L. 4 §§ 4 et 7, *Rem. pup. vel adol.*, XLVI, 6) (4). Quant

(1) Cependant on trouve au Digeste l'expression *judicium curationis* (L. 11, *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 8). Mais elle n'a rien de technique.

(2) En sens inverse, le curateur est pourvu d'une action *contraria utilis negotiorum gestorum.* Ces actions sont qualifiées utiles, parce que l'assimilation du curateur à un gérant d'affaires est quelque peu forcée. Le curateur fait sciemment l'affaire d'autrui, là est la ressemblance. Mais il exerce une mission forcée, le gérant d'affaires agit spontanément; là est la différence profonde des deux situations.

(3) En se plaçant à un point de vue tout différent de celui que j'adopte, on pourrait motiver la règle posée à l'égard des mineurs de vingt-cinq ans par cette idée que la minorité, à la différence de la prodigalité et de la folie, doit finir à une époque déterminée, et alors on serait conduit à traiter le *mente captus* et le prodigue comme le *furiosus.* Mais ce point de vue, certainement, s'accorderait mal avec la doctrine définitive d'après laquelle le moindre intervalle lucide du *furiosus* a pour effet d'enlever l'administration à son curateur (n° 171).

(4) Mais qui poursuivra les cautions *durante cura?* Ce ne sera pas assurément le curateur. Sera-ce la personne en curatelle? Cela suppose qu'elle est capable de

à l'action subsidiaire, elle reste absolument soumise aux règles précédemment tracées (n° 162) (1).

DE L'ANÉANTISSEMENT ET DE LA TRANSFORMATION JURIDIQUE DES PERSONNES, OU DE LA *CAPITIS DEMINUTIO* (2).

SOMMAIRE : I. Notions générales. Définition de la *capitis deminutio*. De ses divers degrés. — II. Détails sur les trois *capitis deminutiones*. — III. Effets de la *capitis deminutio*. — IV. Droit de Justinien.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES. DÉFINITION DE LA *capitis deminutio*. DE SES DIVERS DEGRÉS.

Lib, I, tit XVI, *De capitis deminutione*, pr. — Est autem capitis deminutio prioris status commutatio, eaque tribus modis accidit : nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima (Gaius, I, § 159).

Mais la *capitis deminutio* (3) consiste dans un changement de l'état antérieur, et elle se produit de trois manières : on distingue la grande *capitis deminutio*, une moindre que quelques-uns appellent la moyenne, et enfin la petite.

plaider seule; et parmi les personnes en curatelle, cette capacité n'appartient qu'au mineur de vingt-cinq ans et au *furiosus* dans ses intervalles lucides.

(1) Les nombreuses ressemblances que je constate entre la tutelle et la curatelle résultent suffisamment des textes cités dans mes développements sur la tutelle. Ces ressemblances nous font comprendre la marche suivie par Justinien, soit aux Institutes, soit au Digeste et au Code. Tant qu'il ne s'agit que d'expliquer quelles personnes sont en tutelle ou en curatelle et quelles sont les diverses espèces de tutelles, il sépare généralement les deux matières. Puis il les réunit, quand elles se rencontrent dans des règles absolument identiques, telles que celles sur l'administration ou les excuses, ou dans des règles simplement analogues, telles que celles sur l'*auctoritas* et le *consensus*. C'est ce que l'on vérifiera aisément en examinant les rubriques des titres XIII à XXVI au livre I des Institutes, toutes celles des livres XXVI et XXVII au Digeste, enfin au Code celles du livre V depuis le titre XXVII jusqu'à la fin. J'ai cru devoir préférer une méthode plus analytique qui, isolant absolument la tutelle, en fait peut-être mieux ressortir et les règles générales et les détails.

(2) Justinien, suivant en cela l'exemple de Gaius (I, §§ 158 à 163) et d'Ulpien (XI §§ 9 à 13), enclave cette matière au milieu de l'exposé de la tutelle dont elle devient en quelque sorte un incident. Ce procédé peu méthodique aboutit à deux résultats fâcheux : il distrait l'esprit de la théorie de la tutelle, et il dissimule l'importance si considérable de la *capitis deminutio*.

(3) La seule traduction à la fois française et exacte qu'on ait donnée de cette expression est celle-ci : *déchéance d'état*. Je ne l'emploie pas, néanmoins, parce qu'elle risque de suggérer une idée fausse, savoir que la *capitis deminutio* correspondrait nécessairement à une diminution de capacité chez celui qui la subit.

§ 4. — Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

§ 5. — Quibus autem dignitas magis quam status commutatur, capite non minuuntur, et ideo senatu motum capite non minui constat.

Quant à l'esclave affranchi, il ne subit pas de *capitis deminutio*, parce qu'il n'avait pas d'état.

A l'égard de ceux qui changent de rang plutôt que d'état, ils n'éprouvent pas non plus de *capitis deminutio*, et tel est certainement le cas d'un sénateur exclu du sénat.

177. Les personnes réelles s'éteignent juridiquement, aussi bien que physiquement, par la mort. Mais il est possible que, sans perdre l'existence physique, elles soient en droit considérées comme anéanties ou transformées. Tel est l'effet de la *capitis deminutio*.

Pour obtenir une exacte définition de la *capitis deminutio*, il est essentiel de fixer préalablement le sens des deux mots qui composent cette expression.

Caput désigne ici l'état des personnes (1). Or, en nous plaçant au point de vue romain, l'état comprend ou peut comprendre trois éléments : *libertas*, *civitas* et *familia* (L. 11, *De cap. min.*, IV, 5). Être libre, citoyen romain, membre d'une famille civile : voilà donc le *caput* dans toute sa plénitude. Partant de cette donnée, on voit facilement : 1° que la liberté étant une condition fondamentale et préalable des droits de cité et de famille, les esclaves sont nécessairement dépourvus d'état (§ 4 *sup.*), ce qui revient à exprimer sous une autre forme qu'ils manquent de personnalité juridique ; 2° qu'en sens inverse, tout citoyen romain réunit les trois éléments constitutifs du *caput*, en d'autres termes, possède une personnalité juridique complète (2) ; 3° qu'enfin

(1) Le mot *caput* présente en droit deux autres sens qui se retrouvent aussi dans la langue littéraire : 1° il désigne l'individu lui-même, l'homme, et c'est en ce sens que Justinien l'emploie dans la définition de la tutelle (Inst., § 1, *De tut.*, I, 13) ; 2° il signifie chapitre (Inst., pr., §§ 1 et 3, *De leg. Aquil.*, IV, 3. — L. 29 § 15, *De lib. et post.*, XXIX, 2).

(2) On pourrait objecter contre cette proposition qu'il y a des citoyens romains, tels que l'affranchi, l'émancipé, le *spurius* et plus généralement tout enfant *non justus*, qui, n'ayant point d'agnats, n'ont en réalité aucun droit de famille. Mais il faut remarquer que ces personnes, si ce sont des hommes, peuvent se faire des agnats soit par la procréation légitime, soit par l'adoption, ou en acquérir en se donnant en adrogation ; que, si ce sont des femmes, elles peuvent également en acquérir par la *conventio in manum*, et, dans le dernier état du droit, en se faisant adroger. Par cette aptitude à avoir des agnats, ces diverses personnes se séparent profondément des pérégrins ; et c'est pourquoi, au lieu de les présenter comme dépourvues de famille, il est beaucoup plus exact de dire avec les textes qu'elles forment à elles seules une famille (L. 195 § 5, *De verb. signif.*, L, 16).

les *peregrini* ont aussi un état, mais très-inférieur à celui des citoyens romains. Libres comme ceux-ci, ils n'ont ni le droit de cité romaine, ni la *familia*. Est-ce à dire que leur *caput* se réduise toujours à un seul élément, la liberté? Cela est vrai pour trois sortes de pérégrins, savoir ceux qui font partie d'un peuple déditice, les affranchis déditices et les individus déchus du droit de cité romaine par l'effet d'une condamnation criminelle. Ce sont là des pérégrins *sine civitate*. Les autres, et je ne parle que de ceux qui vivent sous la domination romaine, appartiennent à une *certa civitas* dont les Romains leur appliquent les lois spéciales (n°s 48 et 63). On peut donc dire que leur *caput* comprend avec la liberté ce droit de cité inférieur.

Ces trois éléments constitutifs de l'état des personnes (*libertas*, *civitas*, *familia*) sont aussi désignés par le mot *status* que l'on est autorisé à tenir ici pour synonyme de *caput* (Inst., § 1, *Quib. mod. jus potest.*, I, 12. — Pr., §§ 3 et 5, *De cap. demin.*). Cette synonymie est mise en un plein relief par le rapprochement de deux textes dont l'un porte que les esclaves n'ont pas de *caput*, et l'autre que c'est seulement du jour où ils sont affranchis qu'ils acquièrent *statum* (Inst., § 4, *sup.* — L. 4, *De cap. min.*, IV, 5) (1).

Quant aux mots *deminutio* ou *minutio*, il ne faut pas que leur sens dérivé, celui qui a passé dans notre mot français *diminution*, nous abuse sur leur sens originaire. *Diminuere* et *minuere* signifient proprement *couper*, *mettre en morceaux*. C'est ce que démontreraient au besoin de nombreux exemples empruntés aux auteurs classiques que leur âge ou leurs habitudes de langage nous autorisent à compter pour les plus fidèles à l'étymologie et au sens primitif des mots (2); et telle est encore la signification que Justinien, à une époque de pleine corruption littéraire, donne au mot *deminuere*, lorsqu'il écrit que l'usu-

(1) La synonymie des mots *caput* et *status* explique très-bien pourquoi, sous la rubrique *De statu hominum* (I, 5), le Digeste traite de l'acquisition originaire du *caput*. Quelles personnes naissent libres ou esclaves? Quelles personnes naissent avec le droit de cité romaine? A quelle famille appartient-on en naissant? Telles sont les principales questions résolues dans ce titre. Les deux titres *De statu hominum* et *De capite minutis* (IV, 5) forment deux parties d'un même tout : l'un étudie l'acquisition, l'autre la perte du *caput*.

(2) Ainsi dans Plaute (*Menechm.*, II, 2, v. 30) et dans Térence (*Adelph.*, IV, 2, v. 32), un personnage en menace un autre de lui *deminuere caput* ou *cerebrum*. Et César (*de Bell. gall.*, VI, 23), décrivant les attributions des *principes pagorum* de la Germanie, s'exprime ainsi : *inter suos jus dicunt controversiasque minuunt*, ce qui assurément ne signifie pas que les chefs diminuent les procès, mais qu'ils les tranchent, qu'ils les jugent.

fruit *non utendo deminuitur*, faisant allusion, non pas assurément à une simple réduction, mais bien à l'extinction complète du droit de l'usufruitier qui n'use pas (L. 13, C., *De servit.*, III, 34) (1).

De ces explications il ressort que la *capitis deminutio* consiste dans la perte partielle ou totale de l'état qu'on avait (2). A ce point de vue, elle suppose toujours une déchéance. Mais qu'on y prenne bien garde : il est possible que l'élément ou les éléments perdus du *caput* soient remplacés d'une manière équivalente ou même plus avantageuse. De sorte qu'en somme, et à considérer le résultat pratique dans son ensemble, la *capitis deminutio* n'implique pas essentiellement l'idée absolue d'une déchéance pure et simple. Il se peut, on le verra bientôt, que la personne juridique soit définitivement amoindrie, même anéantie ; mais il est possible aussi qu'elle ne soit que transformée, et même que cette transformation se résolve pour elle en une condition de fait meilleure et en une capacité juridique plus pleine. En un mot, si l'on peut, empruntant le langage énergique de Gaius (III, § 153), comparer assez exactement la *capitis deminutio* à la mort (3), il ne faut pas oublier que c'est une mort souvent accompagnée de résurrection immédiate.

178. De la précédente définition découlent les conséquences suivantes :

1° La *capitis deminutio* n'est pas attachée à la perte de l'exercice

(1) Mon observation est encore confirmée par la rubrique et la loi 1 du titre *De usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur vel minuuntur* (VII, 5).

(2) Quant à l'expression *capitis deminutio*, elle s'explique très-naturellement par les idées précédemment développées. Cependant on a proposé une autre explication beaucoup plus savante, mais tout à fait hypothétique. *Caput* désignerait la mention spéciale ou le chapitre consacré à chaque citoyen sur les registres du cens. *Deminutio* indiquerait le retranchement de ce chapitre, soit qu'on le supprimât purement et simplement, ce qui arriverait en cas de *maxima* et de *media capitis deminutio*, ou qu'on ne le supprimât que pour le transporter ailleurs, comme le comporterait la *minima capitis deminutio*. Cette explication repose sur une pure conjecture, savoir que chaque citoyen aurait eu son chapitre spécial, en quelque sorte sa page, sur les livres du cens. Or il est fort probable que les fils de famille, étant classés d'après la fortune de leur père (Tit.-Liv., XXIV, 11), étaient aussi compris dans le même chapitre que lui. En outre, pourquoi supposer que la *capitis deminutio* ait tiré son nom d'une circonstance tout extérieure et accidentelle, par elle-même insignifiante? Cette explication ne s'imposerait donc qu'en admettant, ce qui est loin d'être prouvé, que la *capitis deminutio* avait déjà reçu cette dénomination avant que le mot *caput* signifiât état.

(3) Cette comparaison est surtout exacte pour la *maxima* et la *media capitis deminutio* (L. 63 § 10, *Pro soc.*, XVII, 2. — L. 32 § 6, *De don. int. vir.*, XXIV, 1. — L. 1 § 8, *De bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4).

des droits civils, par exemple à l'interdiction pour cause de prodigalité. Car l'interdit conserve absolument son état antérieur.

2° Elle ne résulte pas non plus des peines variées qui, diminuant la considération d'un individu dans le monde, même lui ôtant quelques-uns de ses droits, n'entament pas néanmoins son état, tel que je l'ai défini (1). C'est par application de cette idée que le sénateur exclu du sénat n'est pas *capite minutus* (§ 5 *sup.*), car s'il perd son rang social et les priviléges attachés à ce rang, il conserve son état. Et il faut en dire autant de toutes les personnes qui encourent l'infamie, soit par suite d'une condamnation criminelle ou civile, soit à raison de leur profession ou pour un fait particulier; ces personnes, on le verra plus tard, sont déchues de leurs droits politiques, et même de certains droits civils, tels que celui de plaider au nom d'autrui, mais leur état n'est pas atteint.

3° Comme il est impossible de perdre ce qu'on n'a pas, la *capitis deminutio* n'affecte jamais que des personnes libres. L'esclave affranchi ne la subit donc pas (§ 4 *sup.*); et c'est ici le lieu de rappeler la comparaison déjà faite (n° 57) entre la naissance d'un ingénu et l'affranchissement d'un esclave. Dans l'un et l'autre cas il y a création d'une personne nouvelle; mais, ni dans l'un ni dans l'autre, il n'y a une personne déjà existante qui disparaisse ou se transforme.

A. 4° La *capitis deminutio* se conçoit à l'égard des pérégrins, puisqu'ils ont un état. Mais, cet état se réduisant à deux éléments au plus, ils ne peuvent subir que deux espèces de *capitis deminutiones*, l'une par laquelle, restant libres, ils perdent seulement leur *jus civitatis*, l'autre par laquelle ils perdent la liberté elle-même.

5° Quant aux citoyens romains, puisque leur état se compose de trois éléments, la *capitis deminutio* se conçoit à leur égard susceptible de trois degrés, ou, si l'on aime mieux, ils peuvent encourir trois

(1) Il faut donc éviter de confondre le *caput* et l'*existimatio*. Ce dernier mot désigne, selon le jurisconsulte Callistrate, *dignitatis illæsæ status legibus ac moribus comprobatus*, c'est-à-dire, si je ne me trompe, la situation de l'homme dont la réputation est sans tache aux yeux du monde et dont les droits sont intacts selon la loi. La perte de l'*existimatio* concourt toujours avec la *maxima capitis deminutio* et ordinairement avec la *media*. Mais l'infamie, l'exclusion du sénat ou des fonctions publiques, et généralement toutes les déchéances légales qui sont la suite d'un délit ou de l'exercice de certaines professions entament et diminuent l'*existimatio*, et cependant elles ne suffisent pas à déterminer une *capitis deminutio*, et elles ne sont jamais comprises dans la *minima* (L. 5 §§ 1 à 3, *De extr. cogn.*, L, 13. — L. 5 § 2, *De cap. min.*, IV, 5).

sortes de *capitis deminutiones*. Ils peuvent perdre la liberté, et par voie de conséquence la cité et la famille. Ils peuvent, sans cesser d'être libres, perdre le droit de cité et par suite leurs droits de famille. Ils peuvent enfin, demeurant libres et citoyens, sortir simplement de leur famille. Pour marquer nettement cette gradation, on dit que la *capitis deminutio* est *maxima*, *minor aut media*, ou *minima* (pr. *sup.*). Mais au fond, c'est toujours une même *capitis deminutio* résultant de trois ordres de faits différents.

II. — DÉTAILS SUR LES TROIS *capitis deminutiones*.

Lib. I, tit. XVI, *De capitis deminutione*, § 1. — Maxima capitis deminutio est, quum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit. Quod accidit in his qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ, vel libertis, ut ingratis erga patronos condemnatis, vel qui se ad pretium participandum venumdari passi sunt (Gaius, I, § 160).

Il y a grande *capitis deminutio* quand une personne perd tout à la fois la cité et la liberté : ce qui arrive pour ceux qu'une sentence impitoyable rend esclaves de la peine, pour les affranchis condamnés comme ingrats envers leur patron, et pour ceux qui se sont laissé vendre en vue de partager le prix.

§ 2. — Minor sive media capitis deminutio est, quum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur : quod accidit ei cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est (Gaius, I, § 161).

Il y a *capitis deminutio* d'un degré inférieur ou moyenne, lorsque l'on perd la cité tout en conservant la liberté : ce qui arrive à celui auquel on a interdit l'eau et le feu ou qui a été déporté dans une île.

§ 3. — Minima capitis deminutio est, quum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur : quod accidit in his qui, quum sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra : veluti si filiusfamilias a patre emancipatus fuerit, est capite minutus (Gaius, I, § 162).

Il y a petite *capitis deminutio*, quand, sans perdre ni la cité ni la liberté, l'homme change d'état : ce qui arrive à ceux qui, ayant été *sui juris*, deviennent *alieni juris*, ou réciproquement : par exemple, le fils de famille émancipé par son père subit une *capitis deminutio*.

179. De la *maxima capitis deminutio*. — Elle atteint certainement toute personne qui, née ou devenue libre, tombe en servitude *jure civili* (n° 38). Mais atteint-elle aussi les prisonniers de guerre? Dans le dernier état du droit classique, il faut répondre non d'une manière

presque absolue, car de deux choses l'une : ou le captif meurt chez l'ennemi, et à tous points de vue (*in omnibus partibus juris*) on le répute mort au moment même où il a perdu la liberté (L. 18, *De capt.*, XLIX, 15); ou il rentre sur le territoire romain, et alors, tel est du moins le fait ordinaire, la fiction du *postliminium* efface rétroactivement sa captivité. Néanmoins la *maxima capitis deminutio* est encourue par celui qui ne recouvre sa liberté naturelle que dans les conditions exceptionnelles où le bénéfice du *postliminium* cesse d'être applicable (n°s 42 et 43) (1).

La *capitis deminutio maxima* correspond à un anéantissement complet de la personnalité juridique. L'homme tombe au rang de chose, il n'a plus d'état. D'où il suit que, lorsque les Institutes (pr., *De cap. dem.*), à la suite de Gaius, définissent d'une manière générale la *capitis deminutio* une *commutatio status*, cette définition ne convient pas à la *maxima capitis deminutio;* car il n'y a pas changement quand on ne remplace pas ce qu'on perd.

Media capitis deminutio. — Elle est subie par toute personne qui, restant libre, perd son droit de cité. Cette formule s'applique 1° aux citoyens romains qui perdent cette qualité par l'effet d'une condamnation criminelle (n° 48) (2); 2° à ceux qui la perdent indépendamment

(1) Ceci nous explique très-bien un passage d'Horace (*Od.*, III, v, v. 42), dans lequel Régulus, envoyé à Rome par les Carthaginois pour traiter de l'échange des captifs, est qualifié *capitis minor*. Sans doute Régulus a recouvré sa liberté naturelle. Mais, comme il n'est rentré sur le territoire romain qu'avec l'intention et sous la promesse de retourner à Carthage, il ne jouit pas du *postliminium*. La même explication ne s'adapterait guère à un passage de Festus, où cet auteur (v° *Deminutus*) compte parmi les *capite minuti* toute personne qui *in hostium potestate venit*. A raison de la généralité de ce texte qui paraît envisager le captif au moment même où il est encore prisonnier chez l'ennemi, on s'en rendrait peut-être un compte plus exact de la manière suivante. Il est certain que Festus copie ou abrége Verrius Flaccus, grammairien célèbre du siècle d'Auguste. Or à cette époque on n'avait pas encore généralisé la fiction d'après laquelle le captif mort chez l'ennemi est réputé avoir cessé de vivre dès l'instant où il a cessé d'être libre (pages 271 et 272); de sorte que, venant effectivement à mourir en captivité, il avait bien subi la *capitis deminutio*, et par conséquent, tant qu'il restait vivant et captif, on pouvait le tenir pour frappé d'une *capitis deminutio* résoluble en cas de retour avec *postliminium*.

(2) Toute peine qui emporte privation de la cité, et à plus forte raison, de la liberté, est dite *pœna capitalis*. Le crime qui la motive est appelé *crimen capitale*, et la poursuite fondée sur ce crime est un *judicium capitale* (L. 2 pr., *De pœnis*, XLVIII, 19. — L. 2, *De publ. jud.*, XLVIII, 1). Tout cela parce que l'état de l'homme est compromis par de telles accusations, détruit ou profondément atteint par de telles peines.

de toute condamnation, par exemple en émigrant dans une colonie latine (n° 50); 3° aux pérégrins eux-mêmes, lorsqu'ils subissent à Rome une condamnation criminelle qui leur ôterait le droit de cité romaine, s'ils le possédaient, ou lorsqu'ils acquièrent ce même droit de cité romaine (n° 47).

A. Il est vrai que les jurisconsultes, quand ils veulent donner des exemples de *media capitis deminutio*, se réfèrent presque toujours à l'hypothèse d'un Romain condamné à l'interdiction de l'eau et du feu ou à la déportation; et cela tient à ce qu'ils ne se préoccupent que des cas les plus pratiques. Cependant les textes ne manquent pas à l'appui des deux dernières déductions que je tire de ma formule générale. Et d'abord, quand c'est un Romain qui perd cette qualité sans avoir subi aucune condamnation, il est incontestable que les effets attachés à la *capitis deminutio* se produisent : notamment la puissance paternelle dont il était investi ou à laquelle il était soumis se dissout (Gaius, I, § 131). De même, s'il s'agit d'un pérégrin obtenant de l'empereur la concession du *jus civitatis*, cela entraîne pour lui non pas toutes les conséquences que produirait la *capitis deminutio* subie par un Romain, mais toutes celles qui sont possibles. Sans doute, n'ayant pas les droits de famille, il ne les perd pas; mais s'il avait affranchi des esclaves, les droits qui découlent de sa qualité de patron s'évanouissent, et c'est pourquoi Pline le Jeune (*Epist.*, X, 8), sollicitant de l'empereur Trajan la concession du droit de cité pour quelques pérégrins, lui demande en même temps de leur conserver leur *jus patronorum*. Que si le pérégrin devenu citoyen romain subit la *capitis deminutio*, à plus forte raison atteint-elle celui qui par l'effet d'une condamnation criminelle perd son droit de cité spécial (1).

A. En résumé, la *media capitis deminutio* n'est pas seulement attachée à la perte pure et simple du droit de cité romaine. Elle est encourue par quiconque, citoyen romain ou non, perd, selon les lois de Rome, le droit de cité que Rome lui reconnaissait, et cela sans distinguer si cette perte s'opère sans aucune compensation, ou si elle correspond à l'acquisition d'un autre droit de cité supérieur ou inférieur.

(1) Je conclus de là qu'à plus forte raison encore le pérégrin qui devient esclave par application des lois romaines encourt la *maxima capitis deminutio*. Que si l'on ne veut pas admettre la possibilité pour le pérégrin de subir les deux grandes *capitis deminutiones*, tout au moins faut-il reconnaître que, perdant la liberté ou son droit de cité propre, il ne conserve aucun des droits qui échapperaient à un citoyen romain dans l'une ou l'autre de ces deux situations.

Cette conception de la *media capitis deminutio* concilie très-bien les textes juridiques qui généralement la font consister dans l'*amissio civitatis*, et un texte de Festus (v° *Deminutus*) qui l'attache à toute *mutatio civitatis.*

Cette *capitis deminutio*, à la différence de la précédente, n'aboutit jamais à l'anéantissement de la personne juridique, puisqu'elle suppose la liberté conservée. Diminue-t-elle nécessairement le nombre des éléments qui composaient l'état de l'homme? Non, lorsque c'est un pérégrin qui devient Romain; car, tout au contraire, son *caput*, incomplet jusque-là, se complète désormais par la *familia.* Oui, quand c'est un Romain qui devient pérégrin; car il perd toujours la *familia* d'une manière absolue, et son *jus civitatis Romanæ* n'est presque jamais remplacé par une autre *civitas.* Si donc la définition des Institutes nous a paru tout à fait inexacte pour la *maxima capitis deminutio*, elle ne convient donc pas non plus absolument à la *media :* pour qu'elle s'y applique avec exactitude, il faut que l'état postérieur du *capite minutus* soit au moins égal à son état antérieur, sinon par la qualité, au moins par le nombre de ses éléments.

180. *Minima capitis deminutio.* — Cette dernière espèce de *capitis deminutio*, la seule qui réponde exactement à la définition des Institutes (pr., *De cap. dem.*), consiste, dit Paul (L. 11, *De cap. min.*, IV, 5), à changer de famille sans perdre ni la liberté ni la cité. Étant admise la synonymie des mots *caput* et *status*, c'est la même idée que les Institutes (§ 3 *sup.*), Gaius (L. 1, *De cap. min.*) et Ulpien (XI § 13) expriment, sous une forme moins précise, en disant que cette *capitis deminutio* se rencontre lorsque l'homme, tout en restant libre et citoyen, change seulement de *status* (1). Il résulte de ces définitions qu'elle ne peut atteindre que les citoyens romains, puisque c'est à eux seuls que la loi romaine reconnaît une *familia.* A la différence des deux précédentes, elle appartient donc essentiellement au *jus civile.*

Bien que déjà toutes les hypothèses de *minima capitis deminutio* aient reçu les développements qu'elles comportent, comme elles n'ont passé sous nos yeux que disséminées et étudiées à un autre point de vue, il importe de les reprendre en détail pour les grouper ensemble. Sont donc *capite minuti* les personnes suivantes : 1° les pères de famille

(1) L'expression *status mutatur* qu'emploient les trois textes cités n'est pas inexacte. Sans doute la *capitis deminutio minima* ne change que l'un des éléments du *status*, savoir la *familia.* Mais cela suffit pour que l'on puisse dire du *status* considéré dans son ensemble qu'il n'est plus le même.

qui se donnent en adrogation (Gaius, I, § 162); 2° les enfants de l'adrogé (L. 3 pr., *De capit. minut.*); 3° les fils de famille donnés en adoption par leur père (Gaius, I, § 162). Mais cette proposition, absolument vraie autrefois, doit être restreinte, dans le droit de Justinien, à l'adoption faite par un ascendant; 4° les enfants émancipés (Gaius, I, § 162); 5° les fils de famille émancipés pour une cause quelconque (Gaius, *eod. loc.*) (1); 6° les femmes *sui juris* ou *alieni juris* qui tombent *in manum*, soit *matrimonii causa*, soit *fiduciæ causa* (Ulp., XI § 13). Il n'y a pas à distinguer par quel procédé s'établit la *manus;* il faut seulement se rappeler qu'à l'époque de Gaius la *confarreatio*, n'emportant plus acquisition de la *manus*, avait par cela même cessé de produire la *capitis deminutio* (n° 120); 7° l'enfant légitimé par mariage subséquent ou par rescrit impérial.

De cette énumération il ressort que les Institutes (§ 3 *sup.*) donnent de la *minima capitis deminutio* une idée deux fois inexacte, en disant qu'elle se rencontre lorsqu'une personne *sui juris* devient *alieni juris*, ou, à l'inverse, lorsqu'une personne *alieni juris* devient *sui juris*. Il est faux, d'abord, que la *capitis deminutio minima* implique nécessairement le passage de l'un de ces deux états à l'autre; c'est ce que prouve l'exemple de l'adopté, des enfants de l'adrogé et de la fille de famille qui tombe *in manum*, toutes personnes que la *capitis deminutio* laisse *alieni juris*, comme elles l'étaient auparavant. Il est pareillement faux qu'une personne *alieni juris* ne puisse devenir *sui juris* sans encourir la *capitis deminutio :* on a vu, en effet, que le père de famille mourant, perdant la cité ou la liberté, ses enfants deviennent *sui juris* et ne sont pas *capite minuti* (n° 118). Que reste-t-il donc de vrai dans l'affirmation des Institutes? Une seule chose : c'est qu'une personne *sui juris* ne tombe jamais sous la puissance d'autrui sans subir une *capitis deminutio* (2).

(1) Ce cinquième cas comprend les deux précédents, savoir l'adoption proprement dite et l'émancipation. Si je les ai classés à part, c'est que le jour où ces deux actes se firent sans mancipation, ils continuèrent néanmoins d'entraîner *capitis deminutio*. Au surplus, à l'époque classique le fils de famille donné en adoption ou émancipé subissait trois *capitis deminutiones*, puisqu'il était mancipé trois fois. En cas d'émancipation *contracta fiducia*, il y avait même une quatrième *capitis deminutio* résultant de la remancipation faite au père (Gaius, I, § 162).

(2) Sur la nature de la *minima capitis deminutio*, des interprètes modernes ont imaginé un système fort hasardé et tout différent de celui auquel je me range avec la très-grande majorité des auteurs. Mettant de côté, comme expression d'une opinion personnelle à Paul, le texte si net (L. 11, *De cap. minut.*) sur lequel je m'appuie principalement pour ramener cette *capitis deminutio* à un changement de

III. — EFFETS DE LA *capitis deminutio.*

Lib. I, titre XV, *De legitima adgnatorum tutela*, § 3. — Sed adgnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur, nam agnatio juris est nomen. Cognationis vero jus non omnibus modis commutatur; quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique (Gaius, I, § 158).

Mais d'ordinaire le droit d'agnation périt absolument par la *capitis deminutio.* Car l'agnation est une pure création du droit. Quant à la cognation, elle ne périt pas toujours, attendu que la loi civile peut bien détruire des droits civils, mais non pas également des droits naturels.

Lib. I, tit. XVI, *De capitis deminutione*, § 6. — Quod autem dictum est manere cognationis jus et post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interve-

Mais ce qui a été dit que le droit de cognation survit à la *capitis deminutio* n'est vrai qu'en supposant une *minima capitis deminutio;* alors, en effet, la cognation subsiste. Mais

famille pur et simple, on prétend dans ce système qu'elle implique, outre le changement de famille, un amoindrissement de la capacité antérieure. Il n'y aurait donc pas *capitis deminutio minima*, lorsque l'état perdu se trouve remplacé par un état équivalent ou plus avantageux.

Faisant l'application de ce système au droit classique, on aboutit aux propositions suivantes : 1° la *capitis deminutio* atteint soit l'adrogé, soit la femme *sui juris* qui tombe *in manum :* car l'un et l'autre ont dépouillé leur qualité de personnes *sui juris* pour tomber sous une puissance; 2° l'adopté, l'émancipé, et tout fils de famille mancipé sérieusement subissent aussi la *capitis deminutio.* Il est bien vrai que l'adopté reste, comme il l'était auparavant, *alieni juris*, et que l'émancipé, en devenant père de famille, agrandit sa capacité au lieu de la diminuer. Mais l'un et l'autre, la mancipation les a un instant et par fiction fait descendre au rang d'esclaves, et c'est cette altération passagère de leur capacité qui serait la cause de leur *capitis deminutio;* 3° à l'inverse, et c'est ici que les deux doctrines se séparent dans leurs résultats, la *capitis deminutio* n'atteindrait ni les enfants de l'adrogé ni la fille de famille qui tombe *in manum*. Car, dit-on, ils demeurent ce qu'ils ont toujours été, *alieni juris*, et jamais ils n'ont passé, même imaginairement, par la condition servile. A la vérité, Paul exprime très-nettement que les enfants de l'adrogé subissent une *capitis deminutio* (L. 3 pr., *De cap. minut.*), et Ulpien (XI § 13) attache le même résultat à toute *conventio in manum.* Mais on se tire d'affaire par un moyen héroïque : Paul ne fait, dit-on, que déduire la conséquence logique de sa doctrine personnelle, et Ulpien, parlant généralement de la femme qui tombe *in manum*, sous-entend à coup sûr, pour la satisfaction du système, la distinction que ses expressions repoussent.

Transporté dans la législation des Institutes, ce même système conduit à soutenir que la *minima capitis deminutio* ne résulte plus que de l'adrogation et de la légitimation. Car il n'y a plus ni *manus* ni mancipation; et il est évident que l'émancipé gagne en capacité, et que l'adopté, alors même qu'il change de famille, reste

niat; manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio incurrat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati; et ne quidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

en cas de *maxima capitis deminutio*, la cognation elle-même périt; c'est ce qui arrive quand un cognat tombe en servitude, et, si plus tard il est affranchi, il ne recouvre pas sa cognation. Pareillement, lorsqu'une personne est déportée dans une île, sa cognation est dissoute.

181. Pour se faire une idée bien précise des effets de la *capitis deminutio*, surtout pour ne pas les exagérer, il faut préalablement observer que le droit romain, je parle du droit classique, n'établissait, à ce point de vue, aucune différence entre les trois *capitis deminutiones;* et ceci

aussi capable qu'il l'était auparavant. Ces résultats sans doute sont difficiles à concilier avec le texte des Institutes (§ 3 *sup.*) : mais on ne répugne pas à charger le passif de Justinien d'une étourderie de plus.

Voici maintenant les principaux arguments qui, développés avec talent et érudition, ont pu donner à ce système une certaine apparence de vérité : 1° Paul (L. 3 § 1, *De capit. minut.*) explique la *capitis deminutio* de l'émancipé par cette considération qu'il a été *in imaginariam servilem causam deductus*. Qu'il me suffise de faire remarquer combien il est bizarre de s'appuyer sur un texte de Paul pour détruire une doctrine que l'on prétend n'appartenir qu'à Paul. Ce jurisconsulte, au surplus, n'exprime pas qu'il soit nécessaire, pour être *capite minutus*, d'avoir passé au moins fictivement par la condition d'esclave, ou d'avoir perdu quelque chose de sa capacité. Au motif vrai pour lequel l'émancipé est *capite minutus*, il en ajoute un second, et la divergence des interprètes modernes vient simplement prouver qu'une bonne cause perd à être soutenue par des arguments inutiles ou faux; 2° Aulu-Gelle (I, 12 §§ 9 et 18), constatant que les vestales sortent de la puissance paternelle sans *capitis deminutio*, ajoute qu'elles perdent désormais le droit de recueillir ou de laisser une succession *ab intestat*. D'où l'on conclut que la vestale a perdu ses droits de famille, et qu'en conséquence, puisqu'elle n'est pas *capite minuta*, la *capitis deminutio* ne résulte pas de la simple *mutatio familiæ*. Mais Aulu-Gelle ne dit pas du tout d'une manière générale que la vestale sorte de sa famille; il ajoute même, citant Labéon, qu'on cherche en vain le motif juridique de ces deux incapacités, ce qui condamne nettement la conclusion qu'on a tirée de ce texte; 3° enfin on insiste spécialement sur un passage d'Ulpien (XI § 13) où la *capitis deminutio* est définie une *mutatio status* survenant sans que l'homme perde ni la liberté ni la cité. Pour tirer parti de ce texte, on traduit *status* par capacité. Mais j'ai déjà démontré que *status* s'emploie comme équivalent de *caput*, et un autre texte d'Ulpien (L. 1 § 8, *Ad sct. Tertull.*, XXXVIII, 17) va prouver d'une manière péremptoire que ce jurisconsulte parlait ici le même langage que tout le monde. Il désigne, en effet, la *minima capitis deminutio* par cette périphrase : *capitis minutio salvo statu contingens*. Or, si l'on admet que cette *capitis deminutio* s'analyse en une diminution de capacité et que *status* signifie capacité, on aboutit, par une traduction fidèle de ce texte, à dire que la *capitis deminutio minima* ou diminution de capacité a lieu sans que la capacité soit entamée. Dans la doctrine vulgaire, on évite ce non-sens, et le texte d'Ulpien signifie simplement que la *capitis deminutio minima* est celle qui ne réduit pas le nombre des éléments constitutifs de l'état.

n'a rien de bizarre, si l'on réfléchit que la *capitis deminutio*, quelle qu'elle soit, n'est jamais elle-même qu'une conséquence d'un fait plus ou moins complexe envisagé sous un aspect spécial. Ce n'est pas la *capitis deminutio* qui entraîne perte de la liberté, perte de la cité ou changement de famille ; c'est elle, au contraire, qui résulte de ces faits. Or n'est-il pas tout naturel que la liberté perdue emporte certains effets étrangers à la perte de la cité, et que l'une et l'autre en produisent que le seul changement de famille ne produit pas? Il y a mieux : les divers faits qui engendrent une même *capitis deminutio* n'ont pas tous même portée. Ainsi, tandis que l'homme devenu esclave par l'effet d'une condamnation criminelle n'a pas de maître, et que ses biens sont confisqués, ceux, au contraire, qui deviennent esclaves pour s'être laissé vendre *ad participandum pretium* ou pour s'être montrés ingrats envers leur patron tombent sous la puissance d'un maître qui avec leur personne acquiert leurs biens. Ainsi encore le Romain qui perd la cité par suite d'une condamnation n'a pas de *certa civitas*, et le fisc met la main sur son patrimoine; mais ni l'un ni l'autre de ces effets ne sont attachés à l'émigration d'un Romain dans une colonie latine. Ainsi, enfin, alors que l'adrogé perd ses biens et devient incapable de tester, l'émancipé acquiert et l'aptitude à être propriétaire et le droit de tester. La vérité est que la *capitis deminutio* consiste essentiellement dans la disparition des droits de famille, et c'est parce qu'il est impossible de les conserver quand on perd la cité ou la liberté, qu'elle est attachée à ces deux grandes déchéances. Cela étant, il ne faut donc pas la confondre avec l'événement dont elle n'est qu'une conséquence, ni lui attribuer des effets qui se produisent à côté d'elle, mais non pas par elle.

182. Les effets véritablement propres à la *capitis deminutio* se rattachent tous à cette donnée fondamentale que l'ancienne personne juridique est éteinte. Les uns s'appliquent à des droits qui ne s'apprécient pas en argent, les autres à des droits pécuniaires.

I. *Droits non appréciables en argent.* — Ici les principales conséquences de la *capitis deminutio* sont les suivantes :

1° Dissolution de l'agnation (§ 3 *sup.*) (1). — C'est là l'effet le plus

(1) On pourrait être tenté de soutenir que la dissolution de l'agnation n'est pas simplement un effet de la *capitis deminutio*, qu'elle en est l'essence même et se confond avec elle. Cette observation ne me paraît pas exacte : ainsi un émancipé, un enfant naturel, un affranchi peuvent fort bien subir une *capitis deminutio*, et cependant, s'ils n'ont pas d'enfants, ils sont nécessairement sans agnats.

saillant et le plus fécond. On a déjà vu que l'agnation perdue entraîne, s'il y a lieu, extinction de la puissance paternelle qui appartient au *capite minutus* ou à laquelle il était soumis (nos 118 et 119), qu'elle lui ôte la tutelle dont il était investi en qualité d'agnat ou le dérobe lui-même à la tutelle quelconque sous laquelle il pouvait être placé (n° 159) (1). Et on verra plus tard que l'expectative des successions non encore ouvertes qu'il pouvait espérer à titre d'héritier sien ou d'agnat lui échappe, comme aussi perd-il le droit d'accepter une hérédité déjà ouverte à laquelle sa qualité d'agnat l'appelait (n° 439). Dans la législation des Institutes, cette dissolution de l'agnation par la *capitis deminutio* n'est plus aussi absolue qu'autrefois. En effet, l'empereur Anastase avait conservé à l'émancipé tout ou partie, selon les cas, de sa vocation à la succession légitime de ses frères ou sœurs, et lui avait déféré la tutelle de ces mêmes personnes et de leurs enfants (Inst., § 1, *De succ. cogn.*, III, 5. — L. 4, C., *De leg. tut.*, V, 30) (2). Dans cette mesure il est exact de dire que l'agnation survit désormais à la *capitis deminutio.*

2° Dissolution de la *gentilitas*, et par conséquent des droits et obligations que cette relation entraîne. — Cela résulte, quelque système qu'on adopte sur la nature de la *gentilitas*, de la définition qu'en donne Cicéron (*Top.*, 6) (3).

3° Extinction des *jura patronatus*, c'est-à-dire pour le patron perte de tous les droits et pour l'affranchi libération de toutes les obligations qui étaient la conséquence médiate ou immédiate de l'affranchissement (Gaius, III, §§ 51 et 83. — Tacit., *Hist.*, II, 92). — La généralité de cet effet ne comporte qu'une seule exception relative à la *reverentia*, qui continue d'être due au patron, pourvu qu'il n'ait perdu ni la liberté ni le droit de cité (L. 10 §§ 2 et 6, *De in jus voc.*, II, 4). Au surplus, il n'importe, pour l'anéantissement des *jura patronatus*, que la *capitis deminutio* atteigne le patron lui-même ou seulement l'affranchi (LL. 2

(1) Ce dernier effet suppose que le *capite minutus* était *sui juris* et qu'il devient *alieni juris*. A l'inverse, si, étant *alieni juris*, il devenait *sui juris*, la *capitis deminutio* aurait pour effet de le mettre en tutelle. C'est ce qui arrive en cas d'émancipation.

(2) Cette décision d'Anastase, à laquelle les Institutes (§ 3 *sup.*) font allusion en disant que la *capitis deminutio* détruit presque toujours (*plerumque*) l'agnation, fut plus tard étendue et complétée par Justinien (n° 423 *in fine*).

(3) Dans le système que j'ai exposé plutôt qu'admis, la perte de la *gentilitas* s'expliquerait tout à la fois et par la perte de l'agnation et par l'extinction des *jura patronatus*.

et 5 § 5, *De leg. tut.*, XXVI, 3). Et il est de toute évidence que, subie par un de leurs descendants, elle éteint tout ce qui pouvait subsister de ces droits tant en sa faveur qu'à sa charge.

4° Nullité du testament antérieurement fait par le *capite minutus.* — On dit de ce testament qu'il devient *irritum* (Gaius, II, §§ 145 et 146. — N°s 337 et 341) : il est donc absolument non avenu selon le droit civil, et doit être refait, si son auteur, que je ne suppose pas devenu incapable de tester, tient à en conserver les dispositions.

II. *Droits appréciables en argent.* — Ici une sous-distinction doit être faite entre l'actif et le passif, ou, si l'on aime mieux, entre les droits proprement dits et les dettes.

Quant aux droits, la règle est qu'ils subsistent, soit qu'ils continuent de résider en la personne du *capite minutus*, soit, comme c'est le fait habituel, qu'ils changent de titulaire. Mais cette règle comporte plusieurs exceptions remarquables.

1° La *capitis deminutio* éteint soit les droits d'usufruit et d'usage déjà établis, soit la créance qui a pour objet la constitution de ces droits (L. 1 pr., *Quib. mod. ususf.*, VII, 4. — N°s 279-281). Cette décision n'est qu'un corollaire des deux idées suivantes : d'une part, l'usufruit et l'usage sont essentiellement attachés à la personne et intransmissibles ; d'autre part, la *capitis deminutio* anéantit ou change civilement la personne.

2° Si le *capite minutus* était engagé comme demandeur dans une instance constituant un *judicium legitimum*, le droit que la *litis contestatio* avait fait naître en sa faveur périt absolument, sans doute parce qu'on le répute attaché à la personne, et d'autre part, le droit antérieur qu'elle avait éteint *ipso jure* ne revit pas. Il y a donc déchéance complète (Gaius, III, § 83; IV, § 104) (1).

3° Les *operæ* que le *capite minutus* avait fait promettre à ses affranchis comme prix de leur liberté cessent d'être dues ; ce n'est là qu'une conséquence de l'extinction du *jus patronatus* qui était le fondement nécessaire, sinon la cause directe et unique du droit aux *operæ* (Gaius, III, § 83. — N° 477).

4° Toute société antérieurement contractée par le *capite minutus* se dissout, parce que dans la formation de cette espèce de contrat la con-

(1) Bien évidemment il devait intervenir ici une restitution prétorienne, sans quoi l'adversaire du *capite minutus* eût réalisé un bénéfice tout à fait inique.

sidération des personnes joue un rôle déterminant, et que, selon la subtilité du droit, la personne du *capite minutus* ou a cessé d'être ou s'est transformée (Gaius, III, § 153). Mais rien ne s'oppose à la création d'une nouvelle société sur les mêmes bases et entre les mêmes personnes, pourvu que le *capite minutus* ait conservé la capacité de contracter.

5° La créance résultant d'une *adstipulatio* s'éteint (Gaius, III, § 114), décision que j'explique ainsi : l'*adstipulator*, dans ses rapports avec le stipulant principal, n'est qu'un mandataire; or le mandat est contracté *intuitu personæ* et par conséquent ne saurait survivre au changement de personnalité de l'une des parties (1).

Quant aux dettes, on distingue : si elles résultent d'un délit, de hautes raisons d'ordre social exigent qu'on les maintienne (L. 2 § 3, *De cap. min.*) (2). Au contraire, ont-elles leur cause dans un contrat : elles s'éteignent, comme s'éteindraient les dettes d'un homme décédé sans héritier (3), c'est-à-dire que d'après le droit civil elles cessent absolument de grever le *capite minutus* et ne grèvent aucune autre personne à sa place (L. 2 § 2, *De cap. min.*). Telle est la théorie pure, théorie qui se résoudrait en une odieuse spoliation des créanciers, si la pratique n'eût trouvé les moyens de la corriger. Voici, en quelques mots, comment les choses se passent : s'il s'agit d'une *maxima* ou d'une *media capitis deminutio*, le débiteur aura presque infailliblement perdu ses biens, soit au profit d'un particulier, soit au profit du fisc. Ce particulier ou le fisc seront donc poursuivis de son chef par voie d'action utile, et s'ils ne veulent pas défendre *in solidum*, les créanciers du *capite minutus* obtiendront l'envoi en possession de son patrimoine. Au fond cela revient à dire que l'acquéreur est tenu jusqu'à concurrence de l'actif qu'il a recueilli (L. 2 pr.; L. 7 § 2, *De*

(1) Je suis fort porté à ne voir dans cette décision que le reste d'une ancienne doctrine que je formulerais ainsi : la *capitis deminutio* éteint tout mandat antérieurement reçu ou donné (n° 546).

(2) Je suppose que le délit n'a pas encore donné lieu à une condamnation ni même à une poursuite. Sinon, par l'effet de la *litis contestatio*, l'obligation *ex delicto* serait transformée en obligation contractuelle (n° 768).

(3) Cette comparaison est d'une rigoureuse exactitude, en ce sens que la *capitis deminutio* n'anéantit pas la dette elle-même, mais soustrait simplement le débiteur à son obligation. Les coobligés principaux ou accessoires du *capite minutus* restent donc tenus (L. 19, *De duob. reis*, XLV, 2. — L. 20, C., *De fid.*, VIII, 41), comme ceux du défunt qui n'a pas d'héritier (L. 95 § 1, *De sol.*, XLVI, 3).

cap. min. — L. 11, *De jur. fisc.*, XLIX, 14) (1). S'agit-il, au contraire, d'une *minima capitis deminutio :* le préteur, par une clause générale de son édit, promet au créancier une action utile contre le *capite minutus* lui-même (L. 2 § 1, *De cap. min.*) (2). Cette action est dite *fictitia*, parce qu'elle repose sur une fiction consistant à tenir la *capitis deminutio* pour non avenue, à la rescinder dans les rapports du créancier et du débiteur (Gaius, IV, § 38) (3). En résumé donc, contre celui qui a subi la *maxima* ou la *media capitis deminutio*, et, comme c'est l'ordinaire, perdu tous ses biens, les créanciers n'ont aucune action ni civile ni prétorienne (L. 2 pr.; L. 7 §§ 2 et 3, *De cap. min.*), mais son patrimoine reste tenu entre les mains du nouveau propriétaire. Contre celui qui n'a subi que la *minima capitis deminutio*, l'action qu'ils perdent est remplacée par une action prétorienne qui a toujours effet jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens (4).

(1) Si l'action utile n'est pas donnée contre le *capite minutus* lui-même, cela tient ou à sa qualité d'esclave ou à ce qu'il n'a plus rien (L. 7 §§ 2 et 3, *De cap. min.*). D'où je tire une double conclusion : 1° dans les cas fort rares où la *media capitis deminutio* ne résulte pas d'une condamnation criminelle, l'action utile doit être donnée contre le *capite minutus* lui-même, puisqu'il garde tous ses biens. Si cette solution n'est pas écrite dans les textes, c'est qu'ils ne prévoient jamais que l'hypothèse ordinaire, celle d'une condamnation; 2° lorsque le condamné obtient du prince la restitution de son état antérieur, les dettes éteintes par la *capitis deminutio* ne revivent contre lui qu'autant que ses biens lui sont aussi rendus, et proportionnellement à la part qui lui en est rendue (LL. 3 et 4, C., *De sent. pass.*, IX, 51).

(2) Les résultats de cette action ne seront pas toujours les mêmes. On peut distinguer trois ordres de cas : 1° par la *capitis deminutio* un individu *alieni juris* est devenu *sui juris :* il sera condamné *quatenus facere potest* (L. 2 pr., *Quod cum eo* etc., XIV, 5); 2° un individu *sui juris* est devenu *alieni juris*. Ici la personne investie de la puissance devra ou le défendre *in solidum* ou abandonner aux créanciers les biens qu'elle a acquis par son intermédiaire (nos 478 et 479); 3° enfin il s'agit d'un individu qui n'a fait que passer d'une puissance sous une autre : ici l'action des créanciers sera forcément inefficace, puisque le *capite minutus* n'a pas de biens et n'en avait pas non plus avant son changement d'état.

(3) Il y a là une *in integrum restitutio* donnée d'avance et sans examen spécial; et cela nous explique la place, au premier aspect fort étrange, qu'occupe au Digeste le titre *De capite minutis* placé entre deux autres titres qui traitent l'un de l'*in integrum restitutio* promise aux mineurs lésés, l'autre de celle que le préteur accorde exceptionnellement aux majeurs.

(4) Selon moi, c'est à cette obligation prétorienne, à elle seule, qu'Ulpien fait allusion quand il dit que le *capite minutus* reste obligé naturellement (L. 2 § 2, *De cap. min.*). Ce texte contient une phrase un peu obscure : le préteur, dit-il, ne donnera pas d'action contre le *capite minutus* à raison des obligations par lui contractées après la *capitis deminutio;* car le créancier est en faute d'avoir contracté dans de telles conditions. Cette décision, devenue un non-sens dans le droit de

183. Par les développements qui précèdent, on voit que la *capitis deminutio* n'exerce aucune influence sur les droits politiques (*publica jura*) (L. 5 § 2; L. 6, *De capit. minut.*). Si donc ils sont perdus en cas de *maxima* et de *media capitis deminutio*, qu'on ne s'y trompe pas, il n'y a là qu'une simple coïncidence et un résulat parallèle tenant à ce que de pareils droits supposent la qualité de citoyen romain.

On voit également que, même dans la sphère du droit privé, les Romains ne tirent pas avec une rigueur inflexible les conséquences de la fiction sur laquelle repose la *capitis deminutio*. Serait-il possible d'embrasser dans une formule à la fois générale et précise tous les droits qu'elle laisse subsister? Je ne le crois pas. Les Romains ne posent ici que des règles vagues. Ils disent d'abord que la *capitis deminutio* laisse subsister les droits naturels, ceux que la loi consacre plutôt qu'elle ne les crée (L. 8, *De cap. minut.* — Gaius, I, § 158). Mais où s'arrête la nature et où commence la création légale? Ils disent encore que la *capitis deminutio* n'a pas de prise sur les droits qui consistent *in facto potius quam in jure*, entendant par là, j'imagine, les droits qui dérivent d'une relation naturelle ou d'un simple fait, de sorte que cette formule me paraît à peu près équivalente à la première (L. 10, *De cap. minut.*). Voici plusieurs applications de ces idées :

1° La cognation, à moins qu'elle ne résultât exclusivement de l'agnation aujourd'hui dissoute, demeure intacte. Cette idée que Gaius (I, § 158) exprimait d'une manière absolue, Justinien la reproduit d'abord avec une restriction vague (§ 3 *sup.*); et plus loin (§ 6 *sup.*), précisant sa pensée, mais tombant dans une confusion que son guide n'avait pas commise, il prétend que seule la *minima capitis deminutio* laisse subsister le *jus cognationis*. S'il veut exprimer que certains droits attachés à la cognation, et par exemple le droit de succession, sont à tout jamais perdus pour le Romain déporté ou devenu esclave, cela est vrai, seulement la *capitis deminutio* est étrangère à cette déchéance qui s'explique suffisamment par la perte du droit de cité. Mais une telle personne cesse-t-elle de devoir la *reverentia* à ses ascendants? Et, redevenue Romaine, contracterait-elle valablement un mariage que la cognation eût rendu impossible sans sa *capitis deminutio*? Si l'on est obligé de répondre non à ces questions, il faut bien recon-

Justinien, ne doit s'entendre que du cas où un fils de famille, ayant été mancipé en vue d'une adoption ou d'une émancipation, se serait obligé pendant qu'il était soumis au *mancipium*.

naître que la cognation n'a jamais été effacée, et que, comme le dit Pomponius, le droit civil ne détruit pas les droits du sang (L. 8, *De reg. jur.*, L, 17).

2° Par elle-même la *capitis deminutio* laisse subsister le mariage (Gaius, I, § 135). Mais il va de soi que la servitude le dissout et que la perte de la cité le transforme en un mariage du droit des gens (n° 97).

3° La *capitis deminutio* ne détruit pas le droit porté en justice, quand le *judicium* n'est pas *legitimum* (Gaius, III, § 83).

4° Elle n'éteint pas la servitude personnelle d'habitation, non plus que les *operæ servi* (L. 10, *De cap. minut.* — L. 2, *De us. et usuf. et redit.*, XXXIII, 2).

5° Le mari *capite minutus* reste débiteur de la dot apportée par sa femme (LL. 8 et 9, *De cap. minut.*).

6° Les obligations purement naturelles et celles qui ne donnent lieu qu'à une simple action *in factum* subsistent certainement aussi.

IV. — DROIT DE JUSTINIEN.

184 *a.* Les effets de la *capitis deminutio* n'avaient rien de bien exorbitant lorsqu'elle concourait avec la perte de la liberté ou de la cité. Presque tous, abstraction faite de la *capitis deminutio*, se concevraient encore comme accessoires de ces deux grandes déchéances subies par un citoyen romain. Aussi n'est-il pas étonnant que Justinien conserve à la *maxima* et à la *media capitis deminutio* tous ceux de leurs anciens effets qui sont encore possibles dans sa législation. Quant à la *minima capitis deminutio*, la plus originale des trois parce qu'elle était aussi la plus arbitraire, je ne crois pas me hasarder trop en avançant que dans le dernier état du droit de Justinien elle n'a plus guère que la valeur d'un souvenir historique. Et en effet, si nous nous plaçons à l'époque de la rédaction des Institutes, elle n'anéantit plus ni la *gentilitas* dès longtemps disparue, ni les droits résultant d'un *judicium legitimum*, puisqu'il n'y a plus sous Justinien de *judicia legitima*. Ce prince déclare (Inst., § 3, *De usuf.*, II, 4) qu'elle n'éteindra pas non plus les droits d'usufruit ou d'usage, et il l'exclut des modes de dissolution de la société (Inst., §§ 4 à 8, *De societ.*, III, 25). Sans doute, à s'en tenir aux apparences et aux formes du langage, elle continue d'annuler le testament et d'éteindre les dettes du *capite minutus*. Mais on verra que le préteur conservait l'effet du testament par

presque toujours

une *bonorum possessio* (Inst., § 6, *Quib. mod. test. inf.*, II, 17), et l'on a déjà vu (n° 182) qu'aux actions éteintes il substituait d'autres actions tendant au même but. Or, sous Justinien, la différence entre l'hérédité civile et la *bonorum possessio* devient illusoire (n° 469), et depuis longtemps la suppression de la procédure formulaire avait enlevé toute portée pratique à la distinction des actions civiles et des actions prétoriennes (n° 790). Quels effets sérieux produisait donc encore la *capitis deminutio minima?* Elle dissolvait les liens d'agnation et les *jura patronatus*. Mais on sait déjà qu'en l'année 543 la novelle 118 supprima l'agnation, c'est-à-dire la famille civile (n° 95). Par là non-seulement la *capitis deminutio minima* perdit sa plus importante conséquence, mais elle disparut complétement, puisqu'il est impossible qu'une personne sorte de sa famille naturelle. La *mutatio familiæ* implique absolument organisation artificielle de la famille.

NOTION SOMMAIRE DES PERSONNES MORALES

185 *a*. Les personnes réelles, par cela même qu'elles vivent, s'imposent au législateur. Les reconnaître, voilà le point de départ du droit; garantir le libre jeu de leur activité, voilà sa mission. Aussi, quand la loi méconnaît de pareilles personnes, elle cesse d'être naturelle et vraie; et si la théorie de l'esclavage ne fut qu'une immense erreur, c'est parce qu'elle sacrifiait d'innombrables personnalités réelles. Tout au contraire, les personnes morales n'ont pas de corps, pas de vie naturelle. Ce n'est pas l'observation qui nous les fait reconnaître, c'est nous-même qui les créons pour donner satisfaction à des intérêts collectifs. La première question qui se présente ici est donc de savoir comment elles prendront naissance. Or les Romains, sans distinguer, comme il l'aurait fallu faire, entre celles qui touchent à un intérêt public et celles qui n'expriment que des intérêts privés, paraissent avoir admis de tout temps qu'aucune personne morale ne se constituerait sans une autorisation du peuple. Quant à la forme de cette autorisation, elle varia nécessairement : il fallut, sous la république, une loi ou un sénatus-consulte; sous l'empire, un sénatus-consulte ou une constitution impériale (L. 1 pr., *Quod cujusc. univ.*, III, 4. — L. 3 § 1, *De*

colleg., XLVII, 22) (1). De même que la volonté du peuple était nécessaire à la création de ces personnes, de même aussi était-elle nécessaire à leur maintien : l'autorité pouvait leur ôter la vie qu'elle leur avait donnée.

Ainsi, par la force des choses, et comme conséquence du caractère artificiel des personnes morales, elles ne naissent ni ne meurent de la même manière que les personnes réelles : et il est facile de voir que, selon l'étendue et la profondeur du besoin auquel elles répondent, elles pourront ou périr prématurément ou atteindre sans vieillir à une longévité qui n'est pas donnée aux personnes réelles.

186 *a*. Une fois régulièrement constituées, les personnes morales sont aptes à avoir des droits ou des obligations. Mais de leur caractère artificiel résultent trois différences considérables entre elles et les personnes réelles :

1° Elles seront nécessairement étrangères à toutes les relations juridiques qui constituent le droit de la famille. Telles sont celles qui résultent du mariage, de la parenté, de la puissance paternelle, de la tutelle (2). A l'inverse, elles auront ou pourront avoir des droits de propriété, des créances, des dettes. Que s'il faut séparer par une formule précise les rapports juridiques qui leur sont ouverts et ceux qui forcément leur sont inaccessibles, je crois pouvoir dire avec exactitude qu'elles ne peuvent être ni investies ni grevées que des droits qui entrent dans la composition active ou passive d'un patrimoine, et des droits qui sont une transformation ou une conséquence de ceux-là (3).

2° L'autorité qui crée ces personnes est évidemment maîtresse de restreindre ou d'étendre leur capacité ; et nous lisons au Code qu'aucune corporation ne peut, sans une concession formelle, recueillir une hérédité (L. 8, C., *De hered. inst.*, VI, 24) (4). Donc, tandis qu'en

(1) Cette autorisation pouvait très-bien être tacite. Ainsi la personnalité juridique du peuple romain n'a jamais été constituée par aucune loi expresse ; mais à toute époque elle fut consacrée par le consentement unanime.

(2) Telle fut aussi pendant longtemps la relation résultant de l'affranchissement. Marc-Aurèle le premier paraît avoir d'une manière générale autorisé les personnes morales à affranchir leurs esclaves (L. 1, *De manum. quæ serv. ad univ.*, XL, 3).

(3) Comme exemple de cette dernière classe de droits, on peut citer le *jus patronatus* qui n'est qu'un reste et une suite du droit de propriété éteint par l'affranchissement. Les jurisconsultes le considèrent comme non appréciable en argent, bien qu'il entraîne des avantages pécuniaires fort importants, tels que le droit à la succession de l'affranchi (L. 5 § 5, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — L. 126 § 1, *De reg. jur.*, L, 17).

(4) J'excepte l'hérédité laissée par un affranchi de la corporation. (L. 2, *De manum. quæ serv. ad univ.*, XL., 3. — L. 1 pr., *De lib. univ.*, XXXVIII, 3).

règle générale, et sous la réserve des modifications nécessitées par les faits eux-mêmes, les personnes réelles jouissent toutes d'une capacité pleine et uniforme, les personnes morales n'auront souvent qu'une capacité restreinte, et de là des différences possibles entre celles-là même qui en fait et par leur but se ressemblent le plus.

3° Une abstraction n'agit pas. Il est donc impossible de concevoir qu'une personne morale plaide, contracte, en un mot exerce elle-même ses droits. Pour qu'elle manifeste sa vie, le concours d'une ou de plusieurs personnes réelles lui est nécessaire. Aussi les personnes morales ont-elles toutes, sous des noms différents, des représentants chargés de veiller à leurs intérêts. Par exemple, les corporations autorisées ont un *syndicus* ou *actor* (L. 1 § 1, *Quod cujusc. univ.*). Quelques sociétés, qui forment des personnes morales, ont un *magister* (L. 14, *De pact.*, II, 14). Les cités sont administrées par le corps des décurions, et plus spécialement par leurs duumvirs ou autres magistrats locaux (*De adm. rer. ad civit. pertin.*, L, 8). Il va de soi que l'administration de ces divers représentants n'est pas soumise à des règles uniformes, et que la mesure de leurs pouvoirs varie selon l'importance et la nature de la personne morale.

187 *a*. Si l'on essaye de classer les personnes morales, elles rentrent à peu près toutes dans les deux catégories suivantes (1). Les unes manifestent extérieurement leur existence par une réunion d'individus déterminés sans laquelle on ne les conçoit pas : elles sont l'expression et la résultante d'une collection d'intérêts appartenant en commun à ces individus, mais à eux seuls. Les autres personnifient un intérêt général d'une nature permanente : elles répondent ou sont censées répondre à un besoin de tout le monde, plutôt qu'elles n'expriment les intérêts exclusifs d'une certaine classe de personnes.

Les personnes morales de la première catégorie s'appellent *universitates;* et, s'il faut en donner des exemples, je citerai d'abord le peuple romain, les municipes, les colonies, toutes les cités et même

(1) Certaines personnes morales restent en dehors de ces deux catégories : telles sont les hérédités jacentes dont la personnalité n'a été admise, on le verra plus tard, que dans l'intérêt de l'héritier futur. Tel est encore l'empereur; l'esprit fiscal en fit une personne morale, comme le prouve la décision suivante : en supposant un legs adressé au prince, s'il vient à mourir *ante diem cedentem*, circonstance qui, en principe, anéantit le droit au legs, son successeur le recueillera néanmoins. C'est donc que le legs n'est pas réputé fait à la personne même du prince, mais à son titre qui ne meurt pas (L. 56, *De leg.* 2°, XXXI).

les bourgs (*vici*) (L. 2 § 5, C., *De jurej. propt. cal.*, II, 59). Ce sont là les *universitates* les moins artificielles. On en peut citer d'autres qu'on appelle assez indifféremment *societates*, *collegia*, *corpora*, *sodalitia* (1), parmi lesquelles sont compris les sociétés de publicains, les colléges de prêtres, fort nombreux à l'époque païenne, et ces innombrables corporations d'~~atrisans~~ artisans dont le Bas-Empire fit de véritables castes, en ôtant à leurs membres la faculté d'en sortir (L. 1, C. Th., *De collegiat.*, XIV, 15) (2). Quant aux personnes morales de la seconde catégorie, autrefois elles comprenaient notamment certains dieux et certains temples (Ulp., XXII § 6. — L. 20 § 1, *De ann. leg.*, XXXIII, 1). Sous le Bas-Empire, elles comprirent les églises, les monastères, les hôpitaux, les orphelinats et les nombreux établissements de bienfaisance qui furent créés sous la double influence du christianisme et de la misère de jour en jour croissante. A l'égard de cette seconde espèce de personnes morales, Justinien ne maintint pas la nécessité d'une autorisation législative spéciale. L'intervention d'un évêque fut désormais suffisante (Nov., 67 et 141, cap. 7 et 11), et c'est ainsi que le monde romain se couvrit de personnes morales autrefois inconnues et dont un grand nombre lui survécurent.

188 *a.* Les *universitates* sont les seules personnes morales qui occupent une place vraiment considérable dans le droit classique. J'ai dit qu'elles impliquent la réunion d'un certain nombre de personnes. Il en faut au moins trois pour qu'elles se constituent (L. 85, *De verb. sign.*, L, 16). Mais elles en peuvent comprendre un nombre illimité. Ce qu'il est surtout essentiel de bien saisir, car en cela précisément consiste leur personnalité, c'est que les droits actifs ou passifs de l'*universitas* ne se confondent pas avec ceux des individus (*certi homines*) qui la composent. Plusieurs décisions puisées dans les textes vont mettre ma pensée en relief :

1° L'*universitas* peut perdre quelques-uns de ses membres ou en acquérir de nouveaux, son personnel tout entier peut changer, elle-même ne change pas, et c'est pourquoi la durée de son existence est illimitée (L. 7 § 2, *Quod cujusc. univ.*, III, 4).

(1) Ces sociétés rédigeaient elles-mêmes leurs statuts, et cela avec une liberté qui n'avait d'autre limite que la nécessité d'observer les lois générales (L. 4, *De coll.*, XLVII, 22).

(2) On retrouve dans cette disposition le même esprit d'ordre mal entendu qui immobilisait et les colons et les décurions dans leur condition respective (nos 44 et 117).

2° Ce qui est dû à l'*universitas* ne doit pas être considéré comme dû pour partie à chacune des personnes qui la composent. D'où il suit que ces personnes ne peuvent ni poursuivre ses débiteurs ni recevoir d'eux un payement volontaire. Réciproquement, les dettes de l'*universitas* ne grèvent pas individuellement chacun de ses membres, et par suite son insolvabilité ne les expose à aucune poursuite (L. 7 § 1, *Quod cujusc. univ.*) (1).

3° Tandis que le droit commun défend qu'on soumette un esclave à la torture pour obtenir de lui une déposition ou favorable ou contraire à son maître, et cela alors même qu'il s'agit d'un maître n'ayant qu'un droit de propriété indivis (LL. 1 et 14, C., *De quæst.*, IX, 41. — L. 3, *De quæst.*, XLVIII, 18), il va sans difficulté que l'esclave d'une *universitas* peut être torturé dans une affaire qui intéresse un membre de cette *universitas* (L. 6 § 1, *De divis. rer.*, I, 8). Rien ne prouve plus nettement la distinction établie par la loi entre les biens de la personne morale et les biens de ses membres, par conséquent entre elle et eux.

4° De la même idée on déduit que le *libertus civitatis*, c'est-à-dire l'affranchi d'une cité, voulant intenter une action contre l'un des membres de la cité, se passe très-régulièrement de l'autorisation du magistrat (L. 10 § 4, *De in jus voc.*, II, 4). Or on a vu (n° 59) que cette autorisation est toujours indispensable à l'affranchi qui se propose d'agir en justice contre son patron. C'est donc que l'affranchi de l'*universitas* n'est pas l'affranchi des personnes qui la composent, et cela parce qu'il n'a jamais été leur esclave. Ainsi nous aboutissons toujours à la distinction fondamentale du patrimoine de l'*universitas* et du patrimoine individuel de chacun de ses membres.

(1) En supposant l'*universitas* réduite à un seul membre, un texte déjà cité (L. 7 § 2, *Quod cujusc. univ.*) fait observer qu'il pourrait exercer les actions de l'*universitas* et voir exercer contre lui celles dont elle était tenue. Est-ce à dire que la personne de l'*universitas* se confonde désormais avec la sienne? Évidemment non; et si par exemple l'*universitas* est insolvable, il ne répondra de ses dettes que jusqu'à concurrence de l'actif qu'elle possédait, tandis que, s'il s'agissait d'une obligation par lui contractée, il serait tenu sur tous ses biens.

DEUXIÈME PARTIE

DES CHOSES

SOMMAIRE : I. Définition des choses. Notions générales sur le droit réel et le droit de créance. — II. Division des choses en *res divini juris*, et *res humani juris*. Notion générale des *res divini juris*. — III. Division des choses en *res corporales* et *res incorporales*. Subdivision des *res corporales* en meubles et immeubles. — IV. Division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi*. — V. Division des choses en *res in commercio* et *res extra commercium*. Critique de la prétendue division des choses en *res in patrimonio nostro* et *res extra patrimonium nostrum*.

I. — DÉFINITION DES CHOSES. NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE DROIT RÉEL ET LE DROIT DE CRÉANCE.

189. Le mot *choses* (*res*), mot vague que les jurisconsultes romains n'ont pas pris la peine de définir, comprend, à l'exception des hommes libres (1), tout ce qui existe réellement, soit les êtres animés, soit les objets inanimés; il comprend aussi les simples conceptions de notre intelligence, et c'est pourquoi nous aurons à distinguer bientôt des choses corporelles et des choses incorporelles (n° 194). Si je ne range pas l'homme libre parmi les choses, c'est que le point de vue du droit consiste précisément à opposer les choses aux personnes (2), à considérer l'homme comme un être supérieur, à la fois désireux et capable d'utiliser à son profit toutes les forces et toutes les créations de la nature, et qui à ce titre se comporte comme si le monde était fait pour lui seul. D'où il suit que le jurisconsulte n'étudie pas les choses en elles-mêmes, mais seulement dans leurs rapports avec l'homme et à l'effet de déterminer les droits dont elles peuvent être l'objet (3). Or

(1) Il y a pourtant des textes qui appellent l'homme libre une chose (L. 1 pr., *De interd.*, XLIII, 1).

(2) Il faut se rappeler que, juridiquement, l'esclave n'est pas une personne (n° 34).

(3) Cette observation montre que l'étude des choses ne saurait être conduite

ces droits se partagent en deux grandes classes : ce sont ou des droits réels (*jura in re*) (1) ou des droits de créance (*nomina* ou *obligationes*).

Si, pour expliquer cette distinction fondamentale, nous prenons comme type du droit réel la propriété, comme exemple du droit de créance l'hypothèse d'une somme d'argent due en vertu d'un prêt, voici les différences essentielles qui ressortent d'une comparaison attentive : 1° le droit de propriété nous procure par lui-même, et indépendamment du fait d'autrui, une utilité considérable. Suis-je propriétaire d'une maison : je l'habite. D'un fonds de terre : j'en recueille et j'en consomme les produits. D'un cheval : je le monte. Pour tout cela, nulle nécessité du concours d'un tiers. Mon propre fait suffit (2). Au contraire, j'ai beau prêter et en prêtant devenir créancier, tant que la somme due n'est pas rentrée dans mes mains d'une manière définitive, mon droit ne me procure, ou peu s'en faut (3), aucune utilité; pour que j'en profite sérieusement, il faut que je sois payé, et ce payement implique le fait du débiteur ou d'un tiers (4); 2° mon droit de propriété, sans être une charge pour personne, existe contre tout le monde. Je veux dire que sans doute il ne m'autorise à exiger de qui

selon la méthode appliquée à l'étude des personnes. Pour celles-ci nous n'avons eu qu'à présenter et à développer une série de classifications. Quant aux choses, les classifications en seront exposées rapidement et en quelque sorte à titre préliminaire : ce sont les droits relatifs aux choses qui fixeront surtout notre attention.

(1) Cette expression est d'un usage assez rare, mais elle n'est pas étrangère aux jurisconsultes (L. 30, *De nox. act.*, IX, 4. — L. 19 pr., *De damn. inf.*, XXXIX, 2).

(2) Ceci, bien entendu, ne signifie pas que, réduit à moi-même, je puisse toujours retirer de mon droit de propriété tous les avantages qu'il comporte. Ainsi j'ai souvent besoin d'un tiers pour cultiver à ma place. Si mon fonds donne plus de fruits que je n'en consomme, ou s'il ne me plaît pas de les consommer en nature, il me faut un acheteur. Il m'en faut un aussi lorsque je veux me défaire de la chose elle-même. Si donc la propriété m'est utile indépendamment du concours de mes semblables, il est certain que sans ce concours cette utilité se réduit à peu de chose.

(3) J'ajoute ce correctif, parce que le créancier peut aliéner son droit; mais ce qui, en fait, rend cette aliénation possible, c'est la probabilité du payement.

(4) Il est visible par là que les avantages attachés au droit de créance ne se conçoivent pas en dehors de l'état social, tandis que les avantages contenus dans le droit de propriété se comprennent même au profit d'un homme qui vivrait absolument isolé. Seulement, ils ne constitueraient plus un droit proprement dit, car il n'y a pas de droit qui ne soit exigible contre quelqu'un. On dit, il est vrai, des servitudes qu'elles ont pour sujet passif une chose (n° 264); mais, si l'on y regarde de près, toute la signification de ce langage est qu'elles ont plus spécialement leur effet contre le propriétaire de la chose, en ce sens qu'elles diminuent son droit. En réalité donc, une chose peut bien être l'objet d'un droit; jamais elle n'en est le véritable sujet passif.

que ce soit ni l'accomplissement d'un acte quelconque, ni l'abstention d'un acte naturellement permis, ni, en un mot, le sacrifice du plus léger droit, mais que nul pourtant ne s'aviserait impunément de le contester ou d'en gêner l'exercice. Le droit de créance, au contraire, n'existe que contre une ou plusieurs personnes, mais il se résout pour elles en une véritable charge. Dans l'espèce précédemment supposée, l'argent prêté ne sera demandé qu'à l'emprunteur, mais il est bien visible que, lié envers moi d'une manière toute spéciale, cet emprunteur ne se trouve plus dans une situation normale : sa fortune n'est pas nette, et à son actif correspond un passif (1).

Généralisant ce qui précède, nous aboutissons aux deux définitions suivantes : Le droit réel est celui qui porte directement et immédiatement sur une chose déterminée, et qui exige de tous un respect égal, mais purement passif. Le droit de créance consiste en une relation spéciale entre deux individus déterminés (2), dont l'un peut exiger de l'autre quelque chose que, selon le droit commun, personne ne doit à personne (3).

(1) La différence que je constate ici entre les deux espèces de droits s'accuse très-nettement dans le langage. Ainsi le respect dû à la propriété d'autrui n'est pas considéré comme une obligation proprement dite (Inst., § 1, *De act.*, IV, 6), attendu qu'il n'implique diminution du droit de personne; et il n'y a pas de mot pour exprimer une situation passive qui corresponde à celle du propriétaire, une telle situation n'existant pas. A l'inverse, on ne conçoit pas un créancier sans un débiteur; car ce qui est créance pour une personne est nécessairement obligation ou dette pour une autre; et de là vient que le mot obligation s'emploie souvent comme synonyme de créance, pour exprimer le droit du créancier et non pas la charge du débiteur.

(2) On verra plus tard que la même créance peut exister au profit de plusieurs créanciers ou contre plusieurs débiteurs.

(3) Les anciens interprètes ont souvent appelé le droit de créance *jus ad rem*, par opposition au *jus in re*, et parce qu'il tend seulement à nous faire obtenir une chose. Mais cette expression n'est pas romaine et n'a peut-être pas le mérite d'une clarté suffisante. — Des modernes ont proposé d'appeler le droit réel *droit absolu*, parce qu'on peut le faire valoir contre tout le monde, et le droit de créance *droit relatif*, parce qu'il ne peut être opposé qu'à certaines personnes. Ces expressions sont justes, mais ne sont pas plus claires que celles que l'usage général a consacrées. Enfin, les droits de créance sont souvent nommés droits personnels, attendu qu'ils consistent en une relation entre deux personnes, de même que le droit réel consiste en une relation entre une personne et une chose. Je n'emploierai pas cette expression, car elle a d'autres sens dans la langue juridique, et partant prête à l'équivoque. En effet, il y a certains droits réels qu'on appelle personnels, en ce sens qu'ils ne survivent pas à leur titulaire (n° 264). On appelle également droits personnels des droits tellement attachés à la personne qu'ils ne peuvent être exercés que par celui à qui ils appartiennent. Cette expression est autorisée par les textes (L. 4, *De nov.*, XLVI, 2).

De ces définitions deux conséquences découlent : 1° De même que le respect du droit réel s'impose à tous, de même en fait il est exposé aux atteintes du premier venu; le droit de créance, au contraire, n'est jamais violé directement que par le débiteur lui-même (1). Aussi, tandis que le droit réel peut engendrer action contre une personne quelconque, il est certain d'avance que si jamais il y a lieu d'agir en vertu du droit de créance, c'est contre le débiteur que l'action devra être intentée (L. 25 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7). 2° Le droit réel est beaucoup plus avantageux que le droit de créance; car, qui que ce soit qui le méconnaisse, tant qu'il existe, son titulaire ne perd rien. Tout au contraire, le droit du créancier est toujours compromis par l'insolvabilité du débiteur. Celui-ci est-il absolument dépourvu d'actif : la créance, en fait, se réduit à néant. A-t-il simplement un actif inférieur à sa dette : le créancier ne perd pas tout, mais il perd quelque chose. Et par voie de conséquence, si nous supposons que plusieurs personnes ont des droits à exercer contre un même insolvable, les simples créanciers subiront tous une perte proportionnelle, tandis que celui qui justifie d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel retire à lui l'objet de ce droit et ne perd rien (2). Il est donc bien facile de voir que beaucoup de droits réels sans dettes constituent nécessairement une fortune, tandis que l'on peut être pauvre avec un actif net exclusivement composé de créances.

Les droits relatifs aux choses présentent tous un caractère commun qui les sépare des droits sur les personnes; c'est qu'ils sont appréciables en argent, et à ce titre ils composent le patrimoine, que l'on peut définir l'ensemble des droits et des charges pécuniaires qui appartiennent ou incombent à une personne (3). Au fond donc l'étude des choses a pour objet l'étude du patrimoine. Cette étude elle-même se subdivise en deux parties : dans la première, on recherche quels sont les éléments qui entrent dans la composition active ou passive du patrimoine; on analyse les droits réels et les droits de créance; on se demande en quoi ils consistent, comment ils s'acquièrent, s'aliènent ou

(1) Toutefois il peut arriver qu'un tiers détruise la chose due, et alors la créance s'éteint (n° 713).

(2) Sous le règne de la procédure formulaire, cette préférence du droit réel sur le droit de créance devint à peu près illusoire, à raison de la règle d'après laquelle toute condamnation devait être pécuniaire (n° 762).

(3) On voit par cette définition que le patrimoine peut comprendre plus de passif que d'actif. D'où je conclus que patrimoine et biens ne sont pas absolument synonymes (L. 83, *De verb. signif.*, L, 16).

s'éteignent. Dans la seconde, on étudie les modes de transmission du patrimoine, et spécialement la théorie des successions. Toutefois, avant d'aborder ces matières qui comportent des développements longs et compliqués, il convient d'exposer succinctement les principales divisions des choses, telles que nous les offrent les textes romains.

II. — DIVISION DES CHOSES EN *res divini juris* ET *res humani juris* (1). — NOTION GÉNÉRALE DES *res divini juris*.

Lib. II, tit. I, *De divisione rerum et qualitate* (2), § 7. — Nullius autem sunt res sacræ, et religiosæ, et sanctæ; quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

N'appartiennent à personne les choses sacrées, religieuses ou saintes; en effet, ce qui est de droit divin n'est dans les biens de personne.

§ 8. — Sacræ res sunt quæ rite et per pontifices Deo consecratæ sunt, veluti ædes sacræ, et donaria (3),

Sont sacrées les choses qui ont été consacrées à Dieu selon les formes et par les pontifes, telles

(1) On a déjà vu que ces expressions ont quelquefois pour synonymes celles-ci : *res divinæ* et *res humanæ* (page 5, note 4). Les *res humani juris* sont aussi appelées *res profanæ* ou *res profani juris* (§ 8 *sup.* — LL. 4 et 9, C., *De relig.*, III, 44). Spécialement, un terrain *humani juris* s'appelle *locus purus* (§ 9 *sup.* — L. 2 § 4, *De relig.*, XI, 7). Dans un sens analogue, on nomme *dies puri* les jours qui ne sont marqués par aucune solennité religieuse (Ovid., *Fast.*, II, v. 558). Et, plus généralement, ce mot *purus* s'applique à une chose considérée dans sa manière d'être la plus simple et la plus élémentaire. C'est ainsi qu'on oppose l'obligation *pura* à l'obligation conditionnelle ou à terme (Inst., § 2, *De verb. obl.*, III, 15), ou à celle qui est garantie par une satisdation (Gaius, IV, § 185), et le *judicium purum* au *judicium cum exceptione* (Cic., *De invent.*, II, 20).

(2) Cette rubrique n'est pas exacte : car le titre *De divisione rerum* n'épuise pas les divisions des choses, notamment il laisse de côté la distinction si importante des *res corporales* et des *res incorporales*, qui fait l'objet du titre suivant. D'autre part, les §§ 11 à 48 de ce même titre *De divisione rerum* ont trait à l'acquisition de la propriété. La rubrique annonce donc à la fois trop et trop peu.

(3) Le mot *donarium* désigne parfois un endroit où sont déposés des objets consacrés. C'est en ce sens qu'il est employé par Virgile (*Georg.*, III, v. 533) et expliqué par son commentateur Servius. Plus ordinairement, selon la remarque d'Ulpien, c'est au mot *sacrarium* que l'on donne cette signification (L. 9 § 2, *De diris. rer.*, I, 8). Mais le *sacrarium* n'est pas nécessairement un *locus sacer;* et c'est pourquoi il n'est pas protégé par l'interdit *ne quid in loco sacro fiat* (L. 1 § 1, *Ne quid in loc. sac.*, XLIII, 6). Il ressort de là que les *donaria* dont parle ici Justinien, étant toujours *res sacræ*, sont autre chose que des *sacraria*. Ce sont des objets mobiliers affectés au culte des *Dii superi*, et plus tard du Dieu chrétien.

quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt. Quæ etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio, sacer adhuc manet, ut et Papinianus rescripsit (1).

que les temples et les objets régulièrement affectés au service de Dieu. De pareilles choses ne peuvent, aux termes de notre constitution, être aliénées ou obligées, excepté pour racheter des captifs. Que si de son autorité privée une personne prétend rendre un terrain sacré, il reste profane et ne devient pas sacré. Mais le sol sur lequel est construit un édifice consacré garde, même après la démolition de l'édifice, son caractère sacré, ainsi que l'a décidé Papinien.

§ 9. — Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio inferre non licet; in commune vero sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item, si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum concedente domino licet inferre; et licet postea ratum habuerit quam illatus est mortuus, tamen religiosus fit locus.

Toute personne peut à volonté rendre un terrain religieux en y enterrant un mort, pourvu que le terrain lui appartienne. Mais nul ne peut, contre la volonté de son copropriétaire, faire une inhumation dans un terrain profane indivis; que s'il s'agit d'une sépulture commune, l'inhumation est possible même en dépit des autres ayant droit. De même, si l'usufruit est détaché de la propriété, on admet que le propriétaire ne peut pas, sans le consentement de l'usufruitier, rendre le terrain religieux. Quant au sol d'autrui, on n'y peut enterrer un mort qu'avec la permission du propriétaire; mais sa ratification donnée, même postérieurement à l'inhumation, suffit à rendre le terrain religieux.

§ 10. — Sanctæ quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini juris sunt, et ideo in nullius bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis consti-

Les choses saintes, comme les murs et les portes, sont en quelque sorte de droit divin, et en conséquence ne sont dans le patrimoine de personne. Que si les murs sont

(1) Il faut appliquer ici une observation précédemment faite (page 323, note 2).

tuta sit in eos qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.

appelés saints, c'est parce qu'on a établi la peine de mort contre ceux qui les violent. Par une raison semblable, nous appelons sanctions les dispositions des lois qui établissent des peines contre les violateurs de la loi.

190. Cette première division fut jadis la plus importante de toutes; et son intérêt pratique consistait probablement en ce qu'à l'égard des *res divini juris*, les pontifes étaient investis d'un droit de surveillance et d'une juridiction qui ne leur appartenaient pas sur les *res humani juris*. Mais cette différence, que quelques textes permettent de soupçonner (1), n'est pas relevée d'une manière générale par les jurisconsultes de l'époque classique. C'est donc qu'elle avait disparu ou tendait à disparaître (2); et si Gaius (II, § 2) présente encore notre division comme la plus essentielle de toutes (*summa*), en cela il cède à la tradition plutôt qu'il n'obéit à la logique. Essayerait-on, en effet, de la justifier par cette observation que les *res divini juris* sont hors du commerce? Ce caractère, sans doute, leur est essentiel, mais il ne leur est pas spécial, puisque nous le rencontrons également dans beaucoup de choses *humani juris*. Rien d'étonnant donc, si dans les Institutes de Justinien les *res divini juris* ne sont plus mentionnées que d'une manière incidente à l'occasion des développements relatifs aux *res nullius* (§ 7 *sup.*) (3).

Les *res divini juris* constituent l'exception : elles se subdivisent en deux classes, les *res sacræ* et les *res religiosæ*, les unes et les autres offrant ce caractère d'être affectées à des dieux déterminés. Si à ces deux sortes de choses nous ajoutons les *res sanctæ*, que les textes assimilent aux *res divini juris* sans les y faire véritablement rentrer, nous saurons, par voie d'exclusion, quelles sont les *res humani juris*.

191. *Res sacræ.* — Gaius (II, § 4) donne de ces choses une défini-

(1) Cette conjecture se justifie, quant aux *res religiosæ*, par plusieurs textes (L. 8 pr., *De relig.*, XI, 7. — L. 5 § 1, *De mort. inf.*, XI, 8). Quant aux *res sacræ*, elle deviendra presque évidente par elle-même, lorsqu'on saura que ce sont les pontifes qui leur impriment ce caractère (n° 191).

(2) C'est ce que prouve la nature des actions organisées pour punir la violation des *res divini juris*. Ces actions n'étaient pas portées devant les pontifes.

(3) Il est remarquable, néanmoins, que les auteurs du Digeste copient Gaius, et partant conservent son point de vue (L. 1 pr., *De divis. rer.*, I, 8).

tion qui fut exacte tant que le paganisme se maintint comme religion officielle : ce sont, dit-il, les choses consacrées aux dieux d'en haut (1). A l'égard des immeubles, ils ne revêtent le caractère sacré qu'à une double condition. Il faut d'abord une autorisation publique, donnée, nous apprend Gaius (II, § 5), par une loi (2) ou par un sénatus-consulte; ajoutons aussi par une constitution impériale, et telle fut même la forme la plus ordinaire à compter du IIIe siècle (L. 9 § 1, *De divis. rer.*, I, 8 (3) — L. 15, *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4). Il faut, en outre, une *consecratio* ou *dedicatio*, solennité accomplie par les pontifes selon des formes et rites qui ne nous sont pas entièrement connus (4). Quant aux meubles, les textes précités de Gaius prouvent tout à la fois qu'il n'y avait lieu à aucune autorisation législative, mais qu'une consécration, faite sans doute dans des formes beaucoup plus simples, n'en était pas moins nécessaire, et cette seconde idée est confirmée par d'autres textes (L. 2 pr., *De poll.*, L, 12. — L. 3, C., *De furt.*, VI, 2). Un meuble ne pouvait donc pas devenir sacré sans la volonté des pontifes, toujours libres de ne pas procéder à la consécration.

En principe, la *res sacra* demeure telle à perpétuité. Ainsi la démolition ou la ruine fortuite d'un temple n'efface le caractère sacré ni du sol ni des matériaux (§ 8 *sup.*). Trajan écrit à Pline le Jeune qu'un pareil sol ne pourrait pas être employé à l'installation d'un établissement de bains (Plin., *Epist.*, X, 24), et Tite-Live (XLII, 3) rapporte qu'en l'an 577 un censeur causa un grand scandale en démolissant une partie

(1) Il faut se garder de traduire l'expression *Dii superi* par dieux supérieurs. La suite du texte de Gaius montre clairement qu'il oppose ces dieux aux dieux mânes, à ceux qui habitent la terre.

(2) Cicéron (*pro Domo*, 49 et 50) rapporte que d'après une *lex Papiria*, déjà ancienne de son temps, aucun édifice, aucun terrain, aucun autel, ne devaient être consacrés *injussu plebis*. Je ne conclus pas de là qu'avant cette loi la consécration pût se faire sans autorisation publique. Mais il est probable qu'une loi proprement dite, et probablement une loi curiate, suffisait. La *lex Papiria* exigea un plébiscite.

(3) Il résulte de ce texte que l'empereur, cumulant les qualités de législateur et de grand pontife, peut tout à la fois autoriser la consécration et la faire lui-même.

(4) Cicéron, peut-être pour flatter les pontifes devant lesquels il parle (*pro Domo*, 46), avoue ne pas bien connaître ces formes et déclare qu'il y aurait indiscrétion à paraître ne pas les ignorer. Néanmoins, dans le même passage, il nous apprend que des paroles solennelles étaient prononcées. Nous pouvons affirmer aussi qu'en général la *consecratio* comportait la prise des auspices, puisque c'était là le préliminaire ordinaire des actes publics et même des principaux actes privés (Tit.-Liv., VI, 41. — Cic., *de Divin.*, I, 16), et que d'ailleurs on les prenait quand il s'agissait de retirer à un immeuble son caractère sacré.

d'un temple pour employer les matériaux à en construire un autre; les consuls intervinrent et le sénat fit rétablir les matériaux dans leur état antérieur. Toutefois, la chose reprend sa nature profane, soit par une *exauguratio* (1), solennité inverse de la consécration, soit par la conquête; car une chose tombée au pouvoir de l'ennemi ne peut plus appartenir aux dieux de Rome, dieux essentiellement nationaux et exclusifs comme tous les dieux anciens. Cependant la conquête, à la différence de l'*exauguratio*, ne produit ici qu'un effet provisoire; et, en conséquence, l'occupation ennemie venant à cesser, la chose, par une sorte de *postliminium*, retourne à son état antérieur (L. 36, *De relig.*, XI, 7).

Que si l'on recherche quelle est la condition des *res sacræ*, les Romains les considèrent comme appartenant aux dieux eux-mêmes, et de là deux conséquences : 1° elles sont hors du commerce, donc absolument inaliénables, et ne peuvent devenir l'objet d'aucun droit réel et d'aucune obligation (n° 197) (2); 2° toute violation des *res sacræ* est sévèrement punie sous le nom de sacrilége. La *lex Julia peculatus* avait spécialement prévu et frappé de la déportation le détournement de deniers sacrés (3). Tous autres cas de sacrilége, par exemple l'effraction des portes d'un temple, donnaient lieu, en vertu de constitutions impériales, à une poursuite *extra ordinem*, et la peine variait selon la qualité des personnes et les circonstances du crime : elle pouvait aller jusqu'à la mort (LL. 1 et 3; L. 4 § 2; L. 6 pr., *Ad leg. Jul. pecul.*, XLVIII, 13) (4).

(1) Tite-Live (I, 55) rapporte que cette solennité fut pratiquée avant la fondation du Capitole. On voulut que le sol qui devait être consacré à Jupiter fût libre de toute affectation à d'autres divinités. L'*exauguratio* comportait des paroles solennelles auxquelles Cicéron (*Orator*, 42) fait allusion, et son nom même indique que l'on y prenait les auspices. A l'égard des immeubles, il paraît certain qu'elle devait être autorisée par un acte législatif. — Aulu-Gelle (VI, 7) nous apprend qu'il y avait aussi une *exauguratio* pour les vestales qui, ayant atteint l'âge de quarante ans, voulaient sortir du sacerdoce et se marier.

(2) Bien que placées hors du commerce, ces choses exigeaient une administration. Il y était pourvu par les pontifes avec des deniers appartenant à l'établissement ou avec des deniers publics.

(3) Ce détournement ne constitue pas un *furtum*. Quant à la soustraction des choses mobilières affectées à un culte privé, on discutait au temps de Cicéron (*De invent.*, I, 8) si elle devait être réputée *furtum* ou sacrilége. On finit par prendre un moyen terme : on la punit plus sévèrement que le *furtum*, moins sévèrement que le sacrilége (L. 9 § 1, *ad leg. Jul. pecul.*).

(4) Un curieux exemple prouvera jusqu'à quel point les Romains poussaient le respect de la propriété des dieux : quand les Gaulois eurent pris Rome, le trésor

Telle est, sommairement, la théorie des *res sacræ* d'après le droit classique. Le christianisme dut nécessairement la modifier. Et d'abord, la définition de Gaius cesse d'être exacte : les *res sacræ* seront désormais les choses consacrées au Dieu des chrétiens, ou plus simplement à Dieu (§ 8 *sup.*). Quant au fond, il y a deux changements essentiels à signaler : 1° ce n'est plus aux pontifes païens (1), mais aux évêques, qu'il appartient désormais de procéder à la consécration, et des formes nouvelles sont substituées aux rites vieillis de la religion détrônée : notamment, Justinien prescrit la plantation d'une croix et une procession publique; 2° le même empereur supprime très-formellement la nécessité d'une autorisation préalable et confère aux évêques le droit de faire à leur gré des *res sacræ*, pourvu que la disposition de la chose leur appartienne (2). Et de là cette conséquence que l'autorité de l'évêque suffit également pour rendre profane une chose sacrée (Nov. 67, cap. 1; Nov. 131, cap. 7).

Quant à la condition des *res sacræ*, elle reste dans le droit nouveau ce qu'elle était autrefois. Mais par exception, et seulement quand il s'agit de meubles, Justinien en permet l'aliénation : 1° pour payer les dettes de l'établissement auquel ils appartiennent (Nov. 120, cap. 10); 2° pour racheter des captifs (§ 8 *sup.*); 3° peut-être aussi pour nourrir des pauvres en cas de famine (L. 21, C., *De sacros. eccl.*, I, 2) (3).

192. *Res religiosæ.* — Gaius (II, § 4) définit ces choses celles qui ont été abandonnées aux dieux mânes (4); et si l'on demande quels

public n'était pas assez riche pour acquitter entièrement la rançon stipulée par eux, et on allait être obligé de dépouiller les temples. Aussitôt les dames romaines donnèrent leur or afin qu'on ne touchât pas à l'or sacré. Tite-Live (V, 50) et Plutarque (*Camill.*), qui rapportent le fait, ajoutent que, pour honorer ce dévouement qui avait sauvé la cité d'un sacrilége involontaire, le sénat permit dès lors de faire l'éloge funèbre (*laudatio funebris*) des femmes; mais pendant près de trois siècles, les mœurs continuèrent de réserver cet honneur aux hommes (Cic., *de Orat.*, II, 11).

(1) Une constitution des empereurs Arcadius et Honorius les avait dépouillés de tous leurs priviléges (L. 14, C. Th., *De pag.*, XVI, 10).

(2) Les fils de Constantin firent fermer tous les temples païens, et les lieux affectés à l'ancien culte furent l'objet d'une confiscation générale. On en donna quelques-uns à des particuliers. Tous les autres furent abandonnés au culte chrétien par les empereurs Honorius et Théodose le Jeune (LL. 1 et 5, C., *De pag.*, I, 11).

(3) Le doute sur cette troisième exception tient à ce que les mots *et famis* du texte que je cite manquent dans quelques manuscrits.

(4) Aulu-Gelle, dans un curieux chapitre (IV, 9) où nous lisons qu'anciennement le mot *religiosus* appliqué aux personnes exprimait un défaut, rapporte que Masurius Sabinus faisait dériver ce mot du verbe *relinquere*. Vraie ou fausse, cette étymologie cadre bien avec la définition donnée par Gaius, et elle conduit à cette idée

sont ces dieux, sans nul doute, ce sont ici les âmes des morts (1). Dans les croyances romaines, chaque être humain décédé devient donc une divinité (2) à qui les vivants assignent pour demeure et en quelque sorte pour propriété la portion de terrain où reposent ses restes (L. 4, C., *De sepulc. viol.*, IX, 19. — L. 4, *De relig.*, XI, 7); de sorte qu'en dernière analyse les choses religieuses sont les sépultures des morts, et cette définition convient encore dans le droit de Justinien. Car, si le christianisme proscrivit les dieux mânes avec aussi peu d'égards que les *Dii superi*, il conserva pour d'autres raisons le culte des tombeaux, fondé sur un des sentiments les plus spontanés et les plus profonds de notre nature : aussi l'ancienne théorie, sinon l'ancienne définition, des *res religiosæ*, subsista-t-elle sans aucune modification.

Cinq conditions sont exigées pour rendre un terrain religieux :

1° Il faut une inhumation réelle (3). On ne tiendra donc pour religieux ni un cénotaphe (4), ni un terrain dès à présent destiné à servir

générale que la chose religieuse est celle que les hommes retirent du domaine humain, celle qu'ils abandonnent. A ce point de vue, les *res sacræ* sont également *religiosæ*, et telle est l'observation formelle de Festus (v° *Religiosum*); mais, comme elles sont plus que cela, on ne leur applique pas cette qualification trop générale, si ce n'est parfois dans la langue littéraire (Virg., *Æneid.*, II, v. 365).

(1) Ce sens du mot *manes* est nettement établi par Servius (*Ad Æneid.*, III, v. 63) et par Cicéron (*De legib.*, II, 21 et 22). Et il n'est pas douteux que Gaius l'adopte aussi, puisque ce sont justement les sépultures des morts qu'il présente comme affectées aux dieux mânes. Toutefois Apulée (*De deo Socrat.*) et saint Augustin (*De civ. Dei*, IX, 11) donnent au mot *manes* un sens moins large : ils divisent les âmes des morts en trois catégories, celles qui ont bien mérité (*Lares*), celles qui ont démérité (*Lemures* ou *Larvæ*), et celles sur lesquelles il y a doute. Celles-ci seules seraient appelées *Manes*. D'après Festus (v° *Manes*), ce nom s'appliquerait à des dieux qui circulent dans l'espace intermédiaire entre le ciel et la terre. — La divinité attribuée aux morts explique l'existence et le nom des sacrifices (*parentationes*) que l'on faisait sur les tombeaux, principalement dans le mois de février (Cic., *loc. cit.*).

(2) Cicéron dit : *Majores nostri eos, qui ex hac vita migrassent, in deorum numero esse voluerunt* (*De leg.*, II, 22).

(3) Anciennement, il fallait aussi que l'inhumation fût faite dans des formes déterminées que Cicéron nous fait connaître, au moins en partie (*De legib.*, II, 22). Le défaut d'une sépulture régulière était considéré comme une véritable calamité, soit pour le mort, soit pour les vivants. D'une part, le mort était dans un état permanent de souffrance morale (Horace, *Od.*, I, 27. — Virgile, *Æneid.*, VI, v. 337 à 383). D'autre part, le contact ou la vue du cadavre non enterré était une souillure pour tout ce qui l'entourait. Cette souillure atteignait particulièrement la famille du mort et celle de l'héritier, et c'est ce que l'on exprime en disant que la famille est *funesta facta* (Virgil., *Æneid.*, VI, v. 150. — Tit.-Liv. II, 47. — Varron, *De ling. lat.*, V, 23. — L. 28 § 4, *De stipul. serv.*, XLV, 3).

(4) Marcien, s'autorisant d'un passage de Virgile (*Æneid.*, III, v. 305), et oubliant

de sépulture, mais qui n'a encore reçu la dépouille d'aucun mort (L. 6 § 1, *De relig.*, XI, 7). Au surplus, les Romains, plus respectueux pour le cadavre de l'homme que pour sa personne vivante, ne distinguent pas entre les citoyens et leurs esclaves ; et la mort rétablissant l'égalité, le tombeau des uns et des autres est tenu pour religieux (L. 2 pr., *De relig.*) (1). Seule la sépulture d'un ennemi (*hostis*) reste profane, et l'impunité est assurée à qui la viole (L. 4, *De sep. viol.*, XLVII, 12) (2).

2° Il faut que l'inhumation ait été faite à perpétuité, ou, comme parlent les textes, dans le but de donner au mort une demeure éternelle (LL. 39 et 40, *De relig.*). L'inhumation provisoire d'un cadavre que l'on compte transporter ailleurs n'ôterait donc pas au terrain son caractère profane.

3° Il faut que le terrain puisse légalement recevoir une inhumation. Or la loi des Douze Tables avait expressément défendu d'enterrer aucun mort dans l'intérieur de Rome (Cic., *De legib.*, II, 23); et Adrien, abrogeant en masse les lois municipales qui pouvaient être contraires, étendit cette défense au territoire de toutes les cités et la sanctionna par des peines sévères (L. 3 § 5, *De sep. viol.*) (3). Cette législation, que nos idées modernes nous porteraient volontiers à expliquer par un motif d'hygiène, ne reposait en réalité que sur un préjugé religieux :

un rescrit contraire de Marc-Aurèle et de son frère, considérait le cénotaphe comme *res religiosa*. Justinien reproduit sa décision (L. 6 § 5, *De divis. rer.*, I, 8), en la faisant suivre (L. 7, *eod. tit.*) d'un texte rectificatif évidemment détaché de la loi 6 § 1, *De relig.* — Il convient de remarquer que Virgile, dans le vers rapporté par Marcien, emploie le mot *sacrare* comme synonyme de *religiosum facere*.

(1) Varron (*De ling. lat.*, VI, 24) mentionne des sacrifices faits aux *dii manes serviles*, et Cicéron (*De leg.*, II, 23) dit : *maxime e natura est tolli fortunæ discrimen in morte*.

(2) Si l'on se rappelle que pendant longtemps le mot *hostis* signifia étranger (n° 49), si l'on n'oublie pas non plus le caractère étroitement national de tous les cultes anciens, on tiendra pour certain qu'au moins dans le principe les sépulcres des étrangers ne furent pas religieux. Et voilà pourquoi, dans Virgile, si profondément instruit de toutes les traditions antiques, nous voyons Énée, qui viole à son insu la tombe de son concitoyen Polydore, s'arrêter tout à coup quand du fond de la terre la voix du mort lui crie : *Non me tibi Troja externum tulit* (*Æneid.*, III, v. 42 et 43). Voilà pourquoi aussi les anciens tenaient si fort à ne pas mourir hors de leur patrie (Cic., *pro Rabir.*, 13) : alors seulement leur dernière demeure devait être garantie de toute profanation. Mais avec le christianisme, qui assurait partout le respect de la dépouille humaine et qui promettait au mort une autre patrie, il devint presque indifférent de mourir dans un lieu ou dans un autre (S. Aug., *Conf.*, IX, 11).

(3) Cette prohibition n'avait de sens et d'utilité que pour la portion des terrains des cités qui appartenait à des particuliers.

on pensait que la présence d'un cadavre, chose impure, souillerait le culte de la cité (Paul, I, 21 § 2. — L. 12, C., *De relig.*, III, 44), c'est-à-dire au fond que les *Dii manes* et les *Dii superi* ne pouvaient pas vivre les uns à côté des autres.

4° Il faut que l'auteur de l'inhumation ait le droit de la faire (Gaius, II, § 6). Mais il n'est évidemment pas nécessaire qu'il y soit obligé (L. 4, *De relig.*).

5° Il faut enfin que l'inhumation ne blesse aucun droit ; et cela suppose deux choses, savoir : qu'elle est faite par le propriétaire du terrain ou avec son agrément (1), et que le droit de ce propriétaire ne rencontre pas d'obstacle dans le droit d'un tiers (2). Cette cinquième condition ne sera donc pas remplie lorsque l'inhumation aura pour auteur, soit une personne absolument dépourvue de tout droit réel sur le fonds, soit une personne dont le droit n'est pas entier, tel qu'un simple nu propriétaire, un usufruitier, un propriétaire dont le fonds est grevé d'une servitude prédiale ou d'une hypothèque, ou un individu n'ayant qu'un droit de propriété indivise (3). Dans tous ces cas, le terrain ne devient religieux qu'autant que la personne lésée accorde après coup le consentement qu'elle a d'abord refusé ou qui ne lui a pas été demandé. Mais si elle ne veut pas le donner, quelle sera sa situation? Car il importe de concilier avec les droits des vivants le respect dû à la dépouille des morts. Deux voies lui sont donc ouvertes : ou solliciter soit du prince, soit des pontifes, l'autorisation d'enlever le cadavre, ce qu'elle ne pourrait faire de sa seule autorité sans s'exposer à une action d'injures, ou bien exercer une action prétorienne *in factum* à

(1) En principe, on tient aussi pour régulière l'inhumation faite, soit par l'héritier non encore investi, soit par toute autre personne, dans un terrain qui appartenait au défunt à l'époque de son décès. Cette décision concorde très-bien avec l'idée que le mort est considéré comme propriétaire de sa sépulture (L. 4, *De relig.*).

(2) Si quelqu'un s'oppose sans droit à l'inhumation d'un mort ou à l'érection d'un tombeau, le préteur, pour faire cesser l'obstacle, délivre à l'ayant-droit l'interdit *de mortuo inferendo et sepulcro ædificando* (L. I pr. et § 5, *De mort. inf.*, XI, 8). Cet interdit est toujours donné au propriétaire ou copropriétaire du fonds, quand même ils n'auraient pas le droit d'enterrer, sauf à eux à succomber au fond dans l'action qui serait plus tard intentée contre eux (L. 43, *De relig.*).

(3) Quand il s'agit d'un *sepulcrum commune*, chaque ayant-droit peut enterrer sans l'approbation des autres (§ 9 *sup.*). Parmi les *sepulcra communia* ou sépultures destinées à plusieurs personnes, il faut spécialement distinguer les *sepulcra familiaria* et les *sepulcra hereditaria* (LL. 5 et 6, *De relig.*). Le Digeste (L. 4, *De coll.*, XLVII, 22) mentionne des sociétés de ὁμόταφοι. Pour chacune d'elles il y avait évidemment un *sepulcrum commune*.

l'effet d'obtenir la réparation du préjudice éprouvé (L. 2 §§ 7 à 9; LL. 3, 7 pr. et 8 pr., *De relig.*). Tout spécialement, quand c'est un copropriétaire par indivis qui a procédé à l'inhumation sans l'autorisation de son copropriétaire, ce dernier peut, au lieu de recourir à l'action *in factum*, faire statuer sur l'indemnité par le juge même de l'action en partage. Mais cette marche plus simple n'est possible qu'autant qu'il veut sortir de l'indivision, et non pas simplement obtenir une indemnité (L. 6 § 6, *Comm. div.*, X, 3. — L. 2 § 1, *De relig.*) (1).

Ces conditions remplies, ce qui devient religieux, ce n'est pas l'ensemble du fonds, mais seulement la place abandonnée au mort et le monument élevé à sa mémoire (L. 2 § 5, *De relig.* — L. 43, *De rei vind.*, VI, 1) (2). Au surplus, ce caractère religieux, quoique perpétuel en principe, s'efface soit provisoirement par une occupation ennemie (L. 36, *De relig.*), soit définitivement par l'enlèvement du cadavre en vertu d'une autorisation émanée des pontifes, du magistrat ou du prince (LL. 1 et 14, C., *De relig.*, III, 44. — Pline le Jeune, Ép., X, 76 et 77.)

Que si nous essayons de comparer les *res sacræ* et les *res religiosæ*, trois différences essentielles nous apparaissent :

1° La volonté d'un simple particulier peut faire des *res religiosæ*, non des *res sacræ*, et cela est tout naturel quand on considère que les *Dii manes* ne sont que des dieux de famille, tandis que les *Dii superi* appartiennent à la cité entière (§§ 8 et 9 *sup.*).

2° Bien que les *res religiosæ* soient incontestablement hors du commerce et qu'en conséquence elles ne puissent ni être aliénées, ni faire l'objet d'une revendication ou d'une action en partage (L. 1, *Si serv.*

(1) C'est ainsi que je suis porté à concilier les deux textes cités. La contradiction qu'on a cru voir entre eux n'est guère admissible, l'un et l'autre étant tirés du commentaire d'Ulpien sur l'édit. Toutefois on peut proposer une autre explication : dans le premier de ces textes, Ulpien rapporterait, sans l'approuver, la doctrine de Trébatius et de Labéon qui donnaient l'action *in factum*. Dans le second, il émettrait son opinion personnelle, et s'il préfère l'action en partage, c'est que le texte de l'édit qui consacre l'action *in factum* suppose l'inhumation faite *in loco alterius*, expressions applicables à un *non dominus*, mais non pas à un *socius*.

(2) Il faut se garder ici d'une interprétation trop étroite. Les textes nous parlent de *sepulcra hereditaria* et de *sepulcra familiaria*, c'est-à-dire de terrains destinés à recevoir, les uns telle personne et ses héritiers, et les autres tous les membres d'une même famille civile. Or ces terrains sont considérés comme étant entièrement religieux (L. 4, C., *De relig.*). Je dirai donc que l'inhumation d'un seul mort suffit pour imprimer immédiatement ce caractère à tout le terrain affecté à la sépulture de plusieurs.

vind., VIII, 5. — L. 4, C., *De relig.*), néanmoins, à la différence des *res sacræ*, elles donnent lieu à un véritable droit privé connu sous le nom de *jus sepulcri*. C'est ce que prouvent les quatre décisions suivantes : 1° Lorsqu'un tombeau se trouve enclavé dans le fonds d'autrui, celui qui a le *jus sepulcri* peut toujours, moyennant indemnité, obtenir un chemin qui l'y conduise : ainsi le voulait l'usage des sacrifices aux morts (L. 12 pr., *De relig.* — L. 5., *De sep. viol.*). 2° Le *jus sepulcri* se transmet aux héritiers, à eux seuls, mais à eux, quels qu'ils soient, membres ou non de la famille du défunt (LL. 4, 8 et 13, C., *De relig.*) (1). 3° Le *jus sepulcri* comporte faculté de léguer le *jus mortuum inferendi* (L. 14, C., *De leg.*, VI, 37). 4° Enfin, il implique pleine liberté de modifier la forme et l'ornementation du monument (L. 7, C., *De relig.*) (2).

3° La violation des *res religiosæ* n'est pas poursuivie, comme celle des *res sacræ*, par voie d'action criminelle, mais par une action qui aboutit à l'infamie et à une peine pécuniaire. Cette action, appelée *de sepulcro violato*, est donnée par préférence aux personnes investies du *jus sepulcri*, et, dans l'inaction ou à défaut de ces personnes, à tout le monde; et c'est pourquoi elle est qualifiée *popularis* (L. 1; L. 3 pr. et § 12, *De sep. viol.*, XLVII, 12). Quant à la violation du cadavre lui-même, elle entraîne, selon le rang social du coupable, la peine de la déportation ou celle des mines (Paul, I, 21 § 4) (3).

193. *Res sanctæ.* — D'après Gaius (II, § 8) et Justinien (§ 10 *sup.*), ces choses ne sont pas, à proprement parler, *divini juris;* elles ne le sont que d'une manière approximative (*quodammodo*). C'est la même idée que d'autres textes expriment en disant qu'elles ne sont ni profanes, ni sacrées, ni religieuses (L. 9 § 3, *De divis. rer.*, I, 8. — Festus, v° *Sanctum*). Mais ni l'une ni l'autre de ces formules ne nous apprend avec précision quel est le caractère distinctif des *res sanctæ*,

(1) Il est de toute évidence, et cela ressort des textes cités, que, pour n'être pas héritiers, les membres de la famille ne perdent pas leur droit aux *sepulcra familiaria*. Ce qui est plus remarquable, c'est que les héritiers, même étrangers à la famille, acquièrent un droit à ces *sepulcra familiaria* aussi bien qu'aux *sepulcra hereditaria*, et cela par une conséquence assez logique de la fiction qui les répute continuer la personne du défunt.

(2) La loi 6, *De relig.*, au Code, paraît admettre que le *jus sepulcri* s'acquiert par la *præscriptio longi temporis*. Si telle en est vraiment la signification, elle est contredite par Ulpien (L. 4, *De mort. inf.*, XI, 8).

(3) Le texte de Paul a été reproduit au Digeste (L. 11, *De sep. viol.*, XLIII, 12), mais avec de graves modifications.

et là pourtant gît toute la difficulté de la matière. Cette difficulté disparaîtra peut-être, si l'on examine avec quelque critique les exemples donnés par Gaius et par Justinien. L'un et l'autre citent comme *res sanctæ* les murs et les portes. Mais, d'une part, il n'est pas douteux qu'il y a d'autres *res sanctæ* (L. 2, *Ne quid in sac. loc.*, XLIII, 6); d'autre part, il paraît certain que si ce caractère de sainteté appartient bien aux murs et aux portes des cités, il n'appartient pas également à ceux des simples particuliers (Festus, v° *Religiosus.* — L. 8 § 2, *De div. rer.*). Or cette différence ne tient-elle pas à ce que la fondation des villes était précédée d'une solennité religieuse ayant pour objet d'en déterminer l'enceinte (Varron, *De ling. lat.*, V, 143. — Tit.-Liv., I, 44. — L. 239 § 6, *De verb. sign.*, L, 6) (1)? Ceci explique pourquoi leurs murs, leurs portes, et pareillement leurs fossés, n'étaient pas profanes. Que si l'on ne va pas jusqu'à compter ces choses parmi les *res divini juris*, c'est sans doute parce qu'elles ne sont pas, comme les temples et les tombeaux, affectées à une divinité spéciale : elles continuent d'appartenir aux hommes. Que ce soit donc là le double caractère des *res sanctæ :* il faut, pour les créer, un acte religieux; mais elles ne sont pas placées sous la protection et en quelque sorte dans le domaine d'un dieu déterminé. Partant de ces idées, je suis porté à croire que dans le principe la propriété rurale immobilière dut être classée parmi les choses saintes (n° 204).

Il est visible que, par la disparition progressive des vieilles traditions religieuses, cette catégorie de choses placées entre les *res divini juris* et les *res humani juris* dut perdre de bonne heure toute signification pratique. Aussi les jurisconsultes, pour lui en conserver une apparence, furent-ils conduits à en dénaturer la notion originaire. Des peines sévères avaient été prononcées contre quiconque violerait une chose sainte (2). Considérant surtout ces peines, et s'attachant outre mesure au sens usuel du mot *sanctus* (de *sancire*) (3), les juriscon-

(1) Cette coutume paraîtra naturelle, si l'on se souvient que dans les croyances anciennes cette enceinte servait de résidence aux dieux de la cité (Tit.-Liv., V, 52).

(2) Ces peines expliquent d'une manière très-satisfaisante la légende de Rémus tué par son frère (L. 11, *De divis. rer.*).

(3) D'après Marcien (L. 8 § 1, *De divis. rer.*), les *res sanctæ* tireraient leur dénomination du mot *sagmen*, tige de gazon, spécialement de verveine, arrachée avec la terre qui en enveloppe la racine (Pline l'Ancien, XXII, 2). En effet, dit le jurisconsulte, les ambassadeurs du peuple romain portaient autrefois des *sagmina* comme signe de leur inviolabilité. Cette étymologie, peu sérieuse, n'est pas admise par Festus (v° *Sagmina*), qui, tout au contraire, mais sans plus de vraisemblance,

sultes appellent donc choses saintes toutes celles qui sont garanties contre les attaques des hommes par une peine. En ce sens, toutes les lois criminelles rentrent dans les *res sanctæ*, et tel est le point de vue que développe Justinien (L. 8 pr. ; L. 9 § 3, *De divis. rer.* — § 10 *sup.*) (1). Mais il est clair que cette définition, empruntée à un caractère tout extérieur et qui n'a rien de spécial aux *res sanctæ*, tend à les confondre soit avec les *res divini juris*, soit avec un grand nombre de choses profanes.

III. — DIVISION DES CHOSES EN *res corporales* ET *res incorporales*. SUBDIVISION DES CHOSES CORPORELLES EN MEUBLES ET IMMEUBLES.

Lib. II, tit. II, *De rebus incorporalibus* (2), pr. — Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales.

En outre, certaines choses sont corporelles, d'autres incorporelles.

§ 1. — Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo (3), vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles.

Sont corporelles celles qui à raison de leur nature peuvent être perçues au toucher, comme un fonds, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent, et d'autres choses en quantité innombrable.

§ 2. — Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt : qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus, obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus qui ex fundo

Sont incorporelles celles qui ne peuvent être touchées : telles sont celles qui consistent en un droit, comme une hérédité, l'usufruit, l'usage, et les obligations contractées d'une manière quelconque. Et il n'importe que l'hérédité contienne des choses corporelles; en

fait dériver *sagmen* de *sanctus*, par la raison que les *sagmina* dont les ambassadeurs se munissaient pour la conclusion des traités ou les déclarations de guerre devaient être cueillis dans un *locus sanctus*.

(1) Dans ce sens large, il y a aussi des personnes *sanctæ* : tels sont les ambassadeurs (L. 17, *De leg.*, L, 7). Tels étaient encore les *tribuni plebis*, qu'on appelait *sacrosancti*.

(2) Ce titre entier n'est que la reproduction de textes empruntés aux Institutes de Gaius par les compilateurs du Digeste (L. 1 § 1, *De divis. rer.*). Ce rapprochement a permis de rétablir les §§ 12, 13 et 14, restés illisibles dans le manuscrit de Vérone.

(3) Le mot *homo*, conformément à un usage fréquent chez les jurisconsultes, est employé ici comme synonyme de *servus*.

percipiuntur corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est.

effet, les fruits qu'on recueille sur un fonds sont corporels, et presque toujours aussi ce qui nous est dû en vertu d'une obligation est une chose corporelle, par exemple un fonds, un esclave, de l'argent. Mais le droit d'hérédité, le droit d'usufruit, le droit d'obligation, en eux-mêmes, sont choses incorporelles.

§ 3. — Eodem numero sunt jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

Parmi les choses incorporelles, comptent aussi les droits sur les fonds urbains et sur les fonds ruraux, droits qu'on appelle également servitudes.

194. Les choses corporelles, les seules qui mériteraient vraiment le nom de choses, si l'on voulait absolument que ce mot correspondît à une réalité concrète (1), sont celles que l'on peut voir, toucher, ou plus généralement, percevoir à l'aide des sens, comme un esclave ou un fonds de terre. Les choses incorporelles, au contraire, n'ont pas d'existence; ce sont des abstractions, que sans doute l'intelligence saisit, mais qui nécessairement échappent à nos sens. Le nombre des choses corporelles est forcément limité, bien qu'elles paraissent innombrables si l'on considère l'impuissance où nous sommes de les connaître toutes (§ 1 *sup.*). A l'inverse, le domaine des choses incorporelles n'a d'autres limites que celles de notre faculté de concevoir. Mais si cette façon large de les comprendre peut convenir à un philosophe (Cicéron, *Top.*, 5), elle ne fut certainement pas celle des jurisconsultes, soucieux par-dessus tout d'attacher un intérêt pratique à chacune de leurs distinctions. Aussi laissent-ils de côté toutes les choses incorporelles qui n'offrent qu'un pur intérêt théorique, telles que le temps et l'espace, pour s'occuper seulement de celles qui sont l'objet ou l'expression d'un droit. Encore est-il vrai de dire qu'à l'égard des choses incorporelles consistant en un rapport de droit non appréciable en argent, telles que l'agnation, le mariage, la puissance paternelle, la tutelle, ce n'est guère comme choses incorporelles qu'ils les étudient. En réalité, ils ne classent comme telles que celles qui consti-

(1) Il est certain que dans l'expression *rei vindicatio*, le mot *res* affecte ce sens étroit (Inst., § 1, *De act.*, IV, 6).

tuent des droits appréciables en argent, par conséquent propres à entrer dans notre patrimoine. Cela ressort bien de l'énumération de ces choses, telle que nous la donnent soit Gaius (II, §§ 12 à 14), soit les Institutes de Justinien (§§ 1 à 3 *sup.*), énumération qui comprend les droits d'usufruit et d'usage, les servitudes prédiales, les créancès ou obligations et les hérédités jacentes (1). Le même point de vue explique pourquoi Ulpien (XIX § 11) compte parmi les choses incorporelles la tutelle légitime des femmes affranchies; c'est que, de son temps, cette tutelle étant encore cessible, le tuteur pouvait en faire argent (2).

Cela étant, on est conduit à se demander pourquoi la propriété, qui est bien certainement le plus important des droits appréciables en argent, n'est pas comprise parmi les choses incorporelles. Depuis longtemps on a expliqué cette singularité apparente par une raison qui assurément ne justifie pas la classification romaine, mais qui la rend assez naturelle : c'est que partout nos habitudes de langage nous portent à confondre le droit de propriété, pure conception de l'esprit, partant chose incorporelle, avec la chose nécessairement corporelle qui en est l'objet. Nous disons : *ma maison, ma terre,* et cela parce que la propriété nous confère dans toute leur plénitude les avantages qu'une chose peut procurer. Au contraire, lorsque nous avons seulement un droit d'usufruit, de servitude réelle ou de créance, nous devons, à peine d'être obscurs et de donner de notre droit une idée beaucoup trop large, marquer dans le langage même la différence qui existe entre ce droit et la chose sur laquelle il porte. Nous disons donc : *j'ai l'usufruit de telle chose; mon fonds a une servitude sur tel autre fonds; j'ai une créance ayant tel objet.* De sorte qu'en dernière analyse, la distinction des *res corporales* et des *res incorporales* se résout en une distinction entre le droit de propriété et les

(1) On verra plus loin qu'il n'y a d'hérédité véritable que dans l'intervalle qui s'écoule entre la mort du défunt et l'acceptation de l'héritier (*adition*). Pendant ce temps, on considère les droits réels, les créances et les dettes du défunt, comme formant un ensemble appelé hérédité; et cette hérédité, pour des raisons que j'aurai à expliquer (n° 347), est regardée comme une personne. C'est cet ensemble ou cette personne qui constitue une chose incorporelle, et cela quand même il y aurait des choses corporelles dans l'hérédité.

(2) La même observation peut être faite sur la tutelle légitime qui appartient aux ascendants à l'égard de leurs descendants. Mais, à vrai dire, cette tutelle rentre dans celle des patrons, et voilà pourquoi Ulpien n'en parle pas spécialement. Quant à la tutelle légitime des agnats sur une femme ingénue, elle avait à peu près cessé d'exister : de là le silence d'Ulpien (nos 161 et 165).

autres droits appréciables en argent (1). Le droit de propriété, identifié avec les choses corporelles qui en sont l'objet, est lui-même réputé chose corporelle ; les autres droits pécuniaires sont choses incorporelles.

Que si maintenant on recherche l'intérêt pratique de cette distinction, il peut se résumer en une seule proposition : les choses corporelles peuvent faire l'objet d'un droit de propriété et d'une possession, les choses incorporelles ne le peuvent pas (L. 3 pr., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2. — L. 4 § 27, *De usurp.*, XLI, 3). Quelles sont les conséquences de cette doctrine? quelle en est la valeur législative? Fut-elle pleinement admise dès le début du droit romain et resta-t-elle intacte jusqu'à Justinien? Toutes ces questions appellent des développements qui seront mieux compris plus tard (nº 206 et 218).

195. Les choses corporelles se subdivisent en meubles et en immeubles, distinction que jamais ni les jurisconsultes ni Justinien n'ont signalée d'une manière principale, se bornant toujours à l'indiquer par occasion, et cela sans doute parce qu'elle ne comporte aucun intérêt pratique d'une portée véritablement générale. Cependant elle touche à un assez grand nombre de théories particulières (2), pour valoir la peine d'être mise en relief. On appelle meubles, soit les choses qui se meuvent par elles-mêmes, comme les esclaves et les animaux, soit celles qui naturellement inertes peuvent être déplacées par l'action d'une force extérieure, comme une table ou un livre (3). Quant aux immeubles, ce sont les fonds de terre et, par voie de conséquence, toutes les choses qui font corps avec le sol, savoir : les végétaux, les maisons, et autres travaux qu'il est impossible de transporter (4). Par extension, les droits réels autres que la pro-

(1) Il est remarquable que les droits réels prétoriens sont omis dans l'énumération des *res incorporales*. Mais la raison de cette omission est claire : c'est que le préteur cherchait à effacer toute différence pratique entre les choses corporelles et les choses incorporelles (nº 271).

(2) Comme exemples, je citerai les théories suivantes : 1º celle de la possession, soit qu'on envisage la manière dont elle se conserve ou les interdits qui la protégent; 2º celle de la mancipation; 3º celle de l'usucapion; 4º celle des biens dotaux; 5º celle du *furtum*.

(3) L'expression *res mobiles*, qui désigne tous les meubles, s'applique plus particulièrement aux meubles inanimés. Par antithèse, les meubles animés sont appelés *res moventes* (*Fr. Vat.*, § 293. — L. 93, *De verb. sign.*, L, 16. — L. unic. § 2, C., *De usucap. transf.*, VII, 31).

(4) Les immeubles s'appellent *res soli, prædia* ou *fundi*, ce dernier mot désignant plus particulièrement les terrains non bâtis, comme le prouvent très-nette-

priété sont eux-mêmes, quoique choses incorporelles, traités comme meubles ou immeubles selon la nature de la chose sur laquelle ils portent. C'est ainsi que certaines règles particulières aux immeubles sont étendues tant aux droits de servitude qu'aux hypothèques qui affectent des immeubles (L. 3 § 5; L. 7 §§ 3 et 5, *De reb. eor. qui*, XXVII, 9. — LL. 6 et 7, *De fund. dot.*, XXIII, 5); mais jamais à Rome la distinction des meubles et des immeubles n'a été généralisée comme chez nous, de manière à embrasser toutes choses. Il est certain notamment qu'elle ne comprend ni les hérédités (Gaius, II, § 54), ni les créances (L. 7 § 4, *De pecul.*, XV, 1. — L. 15 § 2, *De re judic.*, XLII, 1. — L. 222, *De verb. signif.* — L. 1, C., *De præt. pign.*, VIII, 22).

Les meubles et les immeubles se subdivisent à leur tour. Parmi les meubles, il importe de ne pas confondre ceux qui se consomment par le premier usage et ceux dont on peut user sans les détruire. L'importance de cette distinction, tirée de la nature même des choses, apparaîtra surtout dans la théorie de l'usufruit (n°s 274 et 280), et aussi, mais avec une moindre énergie, dans celle du *mutuum* (n° 586). Pareillement, on verra bientôt qu'une distinction tout artificielle fut établie entre les immeubles situés en Italie et les immeubles provinciaux, les premiers seuls étant réputés susceptibles d'une véritable propriété romaine (n°s 207 et 208).

IV. — DIVISION DES CHOSES EN *res mancipi* ET *res nec mancipi* (1).

196. Cette classification des choses, probablement aussi ancienne que Rome, est sans contredit la plus artificielle de toutes celles que nous rencontrons dans les textes romains. Aussi est-il impossible ici de donner de véritables définitions, et il faut, à l'exemple des jurisconsultes eux-mêmes (Ulp., XIX § 1. — Gaius, II, §§ 15 à 18), procéder par énumération limitative des choses *mancipi*. Sont donc ainsi qualifiés : 1° les immeubles, soit ruraux, soit urbains, situés en Italie; 2° les servitudes rurales en Italie; 3° les bêtes de trait ou de somme

ment deux passages de Cicéron (*Top.*, 4; *pro Cecina*, 19). Un pareil terrain s'appelle *ager* à la campagne, *area* à la ville. Quant aux maisons, dont le nom général est *domus*, situées à la campagne, ce sont des *villæ*, à la ville, des *ædes*. On les appelle *insulæ*, lorsqu'elles sont isolées des maisons voisines (LL. 115 et 211, *De verb. signif.* — Festus, v° *Fundus* et v° *Insulæ*).

(1) Dans cette expression, comme dans celle-ci, *furtum nec manifestum*, la particule *nec* équivaut à *non*. Tel était l'ancien usage attesté par Festus (v° *Nec*).

(*quæ collo dorsove domantur*), savoir les bœufs, mulets, chevaux et ânes (1); 4° les esclaves (2). Toutes autres choses sont *res nec mancipi*.

Deux intérêts pratiques de la plus haute importance sont attachés à cette distinction (3) : 1° les *res mancipi* seules sont aliénables par voie de mancipation (n° 222); appliquée à une *res nec mancipi*, cette solennité resterait dépourvue d'effet; 2° la tradition ne suffit jamais à transférer la propriété civile des *res mancipi* (4).

Ce double intérêt pratique nous rend compte des dénominations elles-mêmes. Les *res mancipi*, ce sont les choses que l'on peut manciper (Gaius, II, § 22); les *res nec mancipi* sont celles que l'on mancipe inutilement (5). Cette explication se justifie par un texte des Douze Tables, où nous trouvons le mot *mancipium* employé évidemment comme synonyme de *mancipatio* (Festus, v° *Nuncupata*) (6).

Resterait à déterminer quelle fut originairement l'idée qui présida à cette distinction. Les Romains ne l'ont pas fait, et les modernes qui ont essayé de le faire se sont égarés dans des conjectures souvent ténébreuses, toujours arbitraires (7). Ce que l'on peut remarquer sans

(1) Gaius (II, § 15) rapporte au sujet de ces animaux une controverse sans importance. Les Sabiniens les considéraient comme *res mancipi* dès leur naissance. D'après les Proculiens, ils ne le devenaient qu'après avoir été domptés ou avoir atteint l'âge où d'ordinaire ils peuvent servir d'auxiliaires au travail de l'homme.

(2) Ces deux dernières classes de choses sont *res mancipi* partout, même hors de l'Italie. Mais on peut induire d'un texte (*Fr. Vat.*, § 47) que ce caractère ne leur appartient plus dans les rapports des Romains avec les pérégrins, et cette induction est fortifiée par un passage d'Ulpien (I § 16).

(3) On peut signaler un troisième intérêt pratique, mais secondaire : la femme pubère en tutelle ne peut aliéner sans l'autorisation de son tuteur que des *res nec mancipi* (Ulp., XI § 27).

(4) Ce double intérêt montre clairement que la division qui nous occupe ne se réfère qu'aux *res in commercio*. Logiquement donc, elle devrait être exposée comme subdivision de ces choses; mais tel n'a jamais été le procédé des jurisconsultes.

(5) Il est fort possible qu'au début du droit romain, l'*in jure cessio* n'existant peut-être pas encore, la mancipation fût le seul mode d'aliénation volontaire des *res mancipi*. Alors ces choses auraient été celles que l'on pouvait et que l'on devait manciper pour les aliéner.

(6) Le mot *mancipium* présente trois autres significations dérivées de celle-là : 1° il signifie propriété et s'emploie comme synonyme de *dominium*, sans doute parce que la mancipation fait acquérir la propriété (Cic., *Epist. ad famil.*, VII, 29. — Lucrèce, III, v. 985. — Sénèque, *Epist. ad Lucil.*, 72); 2° il désigne particulièrement les esclaves (page 84, note 4); 3° enfin c'est le nom d'une puissance spéciale que j'ai déjà fait connaître (n° 122), et qui s'acquiert aussi par la mancipation.

(7) Dans une opinion qui compte des partisans considérables, les *res mancipi* se-

aucun esprit de système, c'est que la catégorie des *res mancipi* comprend les choses les plus précieuses pour un peuple essentiellement sédentaire et agricole, comme le fut au début le peuple romain (1). Ce sont celles qui chez un pareil peuple ont le plus de valeur d'affection. Peut-être donc voulut-on que leur aliénation fût entourée de solennités particulières, non pas précisément pour la rendre plus difficile, mais afin que le consentement de l'aliénateur prît un caractère plus évident de certitude.

L'impossibilité d'aliéner les *res mancipi* par la simple tradition entraînait dans la pratique une gêne réelle (2); elle eût entraîné de plus une iniquité choquante, si l'on avait admis que la tradition de ces choses resterait absolument inefficace. Aussi ne l'admit-on pas; mais cela conduisit, on le verra bientôt (n°s 229 et 282), à la distinction bizarre de deux propriétés, l'une quiritaire, l'autre bonitaire, celle-ci ne donnant pas absolument tous les avantages de la première et n'étant pas garantie par les mêmes voies. De là des complications que Justinien fit disparaître en supprimant les *res mancipi* (L. unic. § 4, C., *De usuc. transf.*, VII, 31).

V. — DIVISION DES CHOSES EN *res in commercio* ET *res extra commercium*. CRITIQUE DE LA PRÉTENDUE DIVISION DES CHOSES EN *res in patrimonio nostro* ET *res extra patrimonium nostrum*.

Lib. II, tit. I, *De divisione rerum et qualitate*, pr. — Superiore libro de jure personarum exposuimus;

Dans le livre précédent nous avons étudié le droit relatif aux personnes; étudions maintenant les cho-

raient les choses susceptibles de propriété civile ou quiritaire, et les *res nec mancipi* celles qui n'en sont pas susceptibles; ce qui conduit à admettre, contre toute vraisemblance, qu'à une certaine époque ces dernières n'auraient pu être l'objet d'aucune espèce de propriété, puisque Gaius (II, § 40) nous affirme qu'au début les Romains n'en reconnaissaient qu'une seule, la propriété quiritaire. Cette doctrine, qu'on appuie sur un passage de Cicéron (*pro Flacco*, 32), est vraie en matière immobilière; en effet, les immeubles italiques sont à la fois *res mancipi* et objets d propriété civile, tandis que les immeubles provinciaux ne sont ni l'un ni l'autre. Mais la corrélation de ces deux caractères ne serait plus exacte à l'égard des meubles, et il convient, en effet, de remarquer que le passage de Cicéron ne se réfère qu'à des immeubles.

(1) Cela explique pourquoi les servitudes urbaines ne furent pas *res mancipi* : elles sont agréables plutôt qu'utiles pour l'agriculture.

(2) Aussi quand les Romains connurent de nouvelles bêtes de somme et de trait, telles que les éléphants et les chameaux, ils se gardèrent bien de les ajouter à la liste déjà trop longue des *res mancipi* (Gaius, II, § 16),

modo videamus de rebus, quæ vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ ex variis causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit (Gaius, II, § 1. — Marcian., L. 2 pr., *De divis. rer.*, I, 8).

§ 1. — Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc : aer, aqua profluens, et mare, et per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et ædificiis abstineat; quia non sunt juris gentium, sicut et mare (Marcian., L. 2 § 1; L. 4 pr., *De divis. rer.*, I, 8).

§ 2. — Flumina autem omnia et portus publica sunt. Ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.

§ 3. — Est autem littus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

§ 4. — Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis : itaque navem ad eas applicare, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare. Sed proprietas eorum illorum est quorum prædiis hærent : qua de causa arbores quoque in iisdem natæ eorumdem sunt (Gaius, L. 5 pr., *De divis. rer.*, I, 8).

ses, soit qu'elles figurent dans notre patrimoine ou qu'elles n'y figurent pas. En effet, d'après le droit naturel, il y a des choses communes à tout le monde, il y en a de publiques; d'autres appartiennent à une *universitas*, d'autres n'appartiennent à personne; la plupart sont appropriées à des particuliers, et l'on verra par les développements qui suivent comment ils en acquièrent la propriété.

Et d'après le droit naturel, sont choses communes : l'air, les cours d'eau, la mer et par suite les rivages de la mer. Aussi ces rivages sont-ils accessibles à tout le monde sous la condition de respecter les maisons de campagne, les monuments et les édifices, car ces choses ne sont pas du droit des gens comme la mer.

Tous les fleuves et les ports sont publics. Et c'est pourquoi le droit d'y pêcher appartient à tout le monde.

Quant au rivage de la mer, c'est l'espace que couvrent les plus hautes marées d'hiver.

L'usage des rives comme celui du fleuve lui-même, est également public et du droit des gens. Aussi chacun est-il libre d'y faire aborder un bâtiment, d'attacher des câbles aux arbres qui s'y trouvent, d'y déposer un chargement, de même qu'il lui est permis de naviguer sur le fleuve. Mais les rives appartiennent aux propriétaires des fonds riverains, et par conséquent c'est à eux aussi qu'appartiennent les arbres qui y naissent.

§ 5. — Littorum quoque usus publicus juris gentium est, sicut ipsius maris; et ob id quibuslibet liberum est casam ibi ponere in quam se recipiant, sicut retia siccare et ex mari reducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse cujus et mare, et, quæ subjacet mari, terra vel arena.

Pareillement, l'usage des rivages est public et du droit des gens, comme celui de la mer; et par suite, les particuliers peuvent y établir une cabane pour s'abriter, y sécher leurs filets ou les y étendre en les retirant de la mer. Quant à la propriété de ces rivages, on peut dire qu'elle n'appartient à personne, mais qu'elle est de même condition que la mer, le lit et les sables de la mer.

§ 6. — Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt theatra, stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.

Appartiennent à une *universitas*, et non pas à des particuliers, par exemple les constructions élevées dans les cités, comme les théâtres, les stades, et autres choses semblables qui sont communes aux membres de la cité.

197. Les choses sont ou dans le commerce ou hors du commerce (1), je veux dire que les unes peuvent être un objet de propriété, de possession ou de créance, tandis que sur les autres il n'y a ni droit réel ni droit de créance possibles (Inst., § 4, *De leg.*, II, 20. — Inst., § 2, *De inut. stip.*, III, 19. — Inst., § 5, *De empt. et vend.*, III, 23. — L. 30 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2) (2). Et de là cette conséquence que les droits privés relatifs aux choses de cette seconde classe sont généralement protégés, non pas par des actions proprement dites, mais par des interdits. Sont hors du commerce : 1° les *res divini juris;* 2° les *res communes;* 3° certaines *res publicæ;* 4° certaines *res universitatis.* Les *res divini juris* sont suffisamment connues. Quant aux autres choses hors du commerce, une explication sommaire est indispensable.

Res communes (3). — On appelle ainsi certaines choses qui par

(1) Dans un sens étroit, plus ancien sans doute et plus technique, *commercium* désigne la faculté de figurer dans une mancipation (n° 45). Il est évident qu'ici le mot affecte une signification beaucoup plus large.

(2) Le mot *pecunia* s'emploie quelquefois pour désigner toutes les choses *in commercio* (Gaius, III, § 124. — L. 222, *De verb. sign.*, L, 16. — L. 2 § 1, C., *De const. pec.*, IV, 18).

(3) L'expression *res communes* a trois significations différentes de celles qu'on

leur nature échappent à toute appropriation privée, savoir, l'air, l'eau courante et la mer (§ 1 *sup.*). On conçoit bien qu'un individu s'approprie un flacon d'air, une tonne d'eau douce ou d'eau de mer; mais on ne conçoit pas que, considérées dans leur ensemble, ces choses cessent d'être à l'usage de tout le monde. En disant donc qu'elles sont communes, on entend qu'elles ne peuvent faire l'objet d'aucun droit exclusif ni pour un individu ni pour un peuple. La mer étant commune, la majorité des jurisconsultes décident que par voie de conséquence les rivages le sont aussi (1); car le rivage, qui n'est que la portion de terre que couvrent les plus hautes marées (2), participe nécessairement du caractère de la mer. La mer et les rivages étant communs, on en conclut que le droit de naviguer et de pêcher dans la mer appartient à tout le monde (L. 2 § 9, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8); que tous peuvent faire sécher leurs filets sur le rivage, ou y établir de petites cabanes pour s'y abriter eux-mêmes et y retirer le produit de leur pêche (§ 5 *sup.* — L. 4 pr.; L. 5 § 1, *De divis. rer.*). Mais faut-il en conclure aussi que toute personne puisse librement élever des constructions soit sur le rivage, soit sur la mer? Les Romains, reculant devant leur principe, et en réalité admettant ici une réglementation semblable à celle que comportent les choses publiques, reconnaissent la nécessité d'une autorisation préalable que le magistrat ne délivre qu'autant que la construction ne doit ni gêner la navigation ou le débarquement, ni blesser des droits antérieurement acquis à des particuliers (L. 50, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1. — L. 3 §§ 1 et 4, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8). Au surplus, la construction une fois faite appartient en propre au constructeur et entraîne avec elle appropriation temporaire du sol qui la supporte; mais sitôt que par une cause quel-

lui donne ici : 1° Elle désigne des choses indivises entre plusieurs propriétaires. C'est là sa signification la plus fréquente. 2° On l'applique aux biens de certaines personnes morales (L. 1 § 1, *Quod cuj. univ.*, III, 4). 3° Enfin, elle s'emploie, mais rarement, pour désigner des choses qui appartiennent divisément à plusieurs personnes (L. 5 § 16, *De reb. eor. qui sub. tut.*, XXVII, 9. — L. 7, C., *Comm. utr. jud.*, III, 38).

(1) Deux jurisconsultes proculiens, Celsus et Nératius, classent les rivages dans le domaine public du peuple romain (L. 14 § 1, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1. — L. 3, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8). Et il faut reconnaître que c'est là un point de vue bien plus conforme soit au principe de l'indépendance respective des nations, soit à la doctrine d'après laquelle les ports sont choses publiques et non pas communes (§ 2 *sup.*).

(2) Celsus (L. 96, *De verb. signif.*, L, 16) fait honneur de cette définition à Cicéron qui lui-même l'attribue au jurisconsulte Aquilius Gallus (*Topic.*, 7).

conque elle a complétement disparu, le sol, par une sorte de *postliminium*, reprend sa nature de chose commune, et quiconque y construit régulièrement en devient à son tour propriétaire (L. 6 pr., *De divis. rer.* — L. 1 § 18, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1) (1).

Res publicæ. — Il y a deux classes de choses publiques. Les unes, comme les terres conquises sur l'ennemi ou les biens contenus dans une succession vacante, ne diffèrent des propriétés particulières qu'en ce qu'elles appartiennent au peuple considéré comme personne morale : elles forment son domaine privé. Il y trouve une source de revenus et peut les aliéner. Les autres, au contraire, sont affectées à un usage public, soit qu'elles profitent à tous par l'effet d'une jouissance directe et immédiate, comme les places publiques et les rues des villes (2), ou seulement par une conséquence de leur destination, comme les arsenaux et les forteresses. Ce sont seulement les choses de cette seconde classe qui sont placées hors du commerce; elles forment le domaine public du peuple romain (L. 72 § 1, *De contr. empt.*, XVIII, 1. — L. 14 pr., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1) (3).

A. Parmi les choses comprises dans le domaine public, les unes doivent leur caractère à la détermination de la loi ou à l'usage : telles sont notamment les routes consulaires ou prétoriennes, proprement appelées *viæ publicæ:* les voies vicinales (*viæ vicinales*), lorsqu'elles n'ont pas été construites aux frais des particuliers; enfin les chemins privés (*viæ privatæ*), lorsqu'ils aboutissent à une voie consulaire ou prétorienne (L. 2 §§ 22 et 23, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8). D'autres choses sont publiques en vertu de leur nature même et par une sorte de nécessité. Tels sont les ports, certains fleuves et l'usage de leurs rives (§§ 2 et 4 *sup.* — L. 24 pr., *De damn. inf.* XXXIX, 2).

A. Les fleuves (*flumina*) sont opposés ici aux ruisseaux (*rivi*). Les uns et les autres sont des cours d'eau ayant un lit déterminé, et ce n'est guère que par leur importance qu'ils se distinguent entre eux. Parmi les fleuves on ne considère comme publics que ceux qui ne tarissent

(1) Le magistrat pourrait-il ordonner la démolition des constructions faites sans autorisation? Je le pense; car telle est, on va le voir, la décision des textes à l'égard des constructions faites *in loco publico*.

(2) Cette jouissance, comme celle des *res communes*, est protégée par l'action d'injures (L. 13 § 7, *De inj.*, XLVII, 10).

(3) Les biens de l'empereur, même lorsqu'ils sont régis comme biens privés (*redacta in formam patrimonii*), sont hors du commerce (L. 39 § 10, *De leg.* 1°, XXX).

jamais; les autres, ainsi que les ruisseaux, appartiennent aux particuliers (L. 1 §§ 1 à 4, *De flumin.*, XLIII, 12) (1). Mais il importe, à l'égard des fleuves qualifiés publics, de bien distinguer trois choses : l'eau, le lit et le fleuve lui-même. On a vu que l'eau du fleuve, comme toute eau courante, est commune, sans doute parce qu'elle va finalement se perdre dans la mer et qu'il n'est donné à personne de l'arrêter à son profit exclusif. Quant au lit, on verra bientôt (n° 254) qu'il est tantôt la propriété des riverains, tantôt *res nullius*. Ce qui est public, c'est donc seulement le fleuve envisagé dans sa forme actuelle et dans sa destination de fleuve. De ce caractère de chose publique on déduit notamment que tout pont jeté sur le fleuve, fût-il l'œuvre d'un propriétaire qui aurait deux fonds en regard l'un de l'autre sur les deux rives, est lui-même public (L. 4, *De flumin.*); on en déduit aussi que les droits de pêche et de navigation appartiennent à tout le monde (§§ 2 et 4 *sup.*).

Quant aux rives, on les définit la portion de terrain qui contient et enserre l'eau du fleuve à son volume normal (L. 1 § 5; L. 3 § 1, *De flumin.*). Leur sol, et partant les arbres qui s'y nourrissent, appartiennent incontestablement aux riverains; mais ces derniers sont tenus de ne rien faire qui gêne la navigation; et ils ne peuvent empêcher personne de passer sur la rive, d'y déposer un fardeau, d'amarrer des câbles aux arbres. En cela, ils subissent une servitude légale fondée sur l'intérêt de tous, et c'est pourquoi l'on dit que l'usage des rives est public (§ 4 *sup.*) (2).

Reste à remarquer que nul ne peut sans autorisation du magistrat construire ni faire aucun ouvrage sur un terrain public. En cas de contravention, le magistrat ordonne la destruction, si l'intérêt public l'exige; sinon, il impose au contrevenant le payement d'une redevance (*solarium*) (Tit.-Liv., XLIII, 16. — L. 2 § 17, *Ne quid in loc. publ.*).

Res universitatis. — Les *universitates* dont il est surtout question ici sont les cités. Parmi les choses appartenant aux cités, il faut faire la même distinction qu'entre les choses publiques. Les unes, telles que les biens recueillis par voie de legs ou de succession, sont dans le domaine privé de la cité; elles restent dans le commerce. Les autres, telles que les théâtres, les stades, et sans doute aussi les chemins vi-

(1) Justinien a donc tort de dire (§ 2 *sup.*) que tous les fleuves sont publics. Marcien, au Digeste, s'exprime avec plus d'exactitude (L. 4 § 1, *De divis. rer.*, I, 8).

(2) Deux textes de Paul (L. 65 § 1, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1. — L. 3 pr., *De flum.*, XLIII, 12) donnent aux rives elles-mêmes le caractère de choses publiques.

cinaux qui n'appartiennent pas au peuple, sont hors du commerce, parce que leur destination l'exige.

L'étude des *res extra commercium* rentre plutôt dans le droit public que dans le droit privé. C'est donc spécialement des *res in commercio* que je dois traiter, puisque seules elles peuvent être l'objet d'un droit réel ou d'un droit de créance. Parmi ces choses, les unes, telles que le poisson, le gibier et tous les animaux sauvages à l'état libre, n'appartiennent à personne. D'autres, et c'est le plus grand nombre, ont un propriétaire. On les désigne alors sous le nom commun de *pecunia*, mot beaucoup moins compréhensif, comme on le voit, que le mot *res* (L. 5 pr.; L. 222, *De verb. signif.*, L, 16). Lorsqu'on les envisage comme formant un patrimoine, on les appelle volontiers *bona:* mais alors cette expression comprend aussi les dettes dont le patrimoine peut se trouver chargé (L. 39 § 1; L. 208, *De verb. signif.*).

Sur les *res in commercio* une double observation est nécessaire : 1° il arrive quelquefois que pour des raisons spéciales elles se trouvent temporairement et dans une certaine mesure placées hors du commerce : tels sont les immeubles dotaux (n°s 314 et 315); 2° d'autres sortent du commerce à l'égard de certaines personnes, et c'est à quoi fait allusion un texte des Institutes (Inst., § 2, *De inut. stip.*, III, 19). Tels sont : les fonds situés dans une province, à l'égard du gouverneur de la province et de certaines personnes qui y exercent des fonctions, soit civiles, soit militaires (L. 62 pr., *De contr. empt.*, XVIII, 1) (1); les biens du pupille ou de l'individu en curatelle, à l'égard du tuteur ou du curateur, et plus généralement les biens d'un tiers à l'égard de celui qui est chargé de les administrer (L. 34 § 7, *De contr. empt.*); les esclaves à l'égard d'un ancien maître qui les ayant maltraités s'est vu contraint de les aliéner (n° 39); enfin, dans le dernier état du droit, les esclaves chrétiens à l'égard des juifs et des hérétiques (n° 40).

(1) Un passage de Cicéron (*Verr.*, 2e act., IV, 5) nous apprend que d'après la législation en vigueur de son temps, les immeubles n'étaient pas les seules choses dont l'acquisition fût interdite à ces fonctionnaires. La prohibition comprenait encore certains objets mobiliers, tels que l'argenterie et les esclaves, à moins qu'il ne s'agît de remplacer des esclaves morts. Les empereurs ajoutèrent à ces restrictions en défendant aux gouverneurs de province et aux personnes de leur entourage d'exercer un commerce quelconque, de prêter de l'argent ou de placer des capitaux dans leur province (L. 33, *De reb. cred.*, XII, 1). Toutes ces dispositions s'expliquent par les mêmes motifs qui firent interdire le mariage entre les hauts fonctionnaires provinciaux et les femmes domiciliées dans leur ressort (pages 200 et 201).

198 *a*. En général, les commentateurs modernes des Institutes de Justinien enseignent que dans le dernier état du droit romain la principale division des choses serait celle-ci : les unes sont dans notre patrimoine, les autres sont en dehors de notre patrimoine. Reconnaissant que cette manière de voir est assez naturellement suggérée par la lecture des Institutes (pr. *sup.*), et qu'elle peut s'autoriser avec une certaine force du texte correspondant de Théophile, je me demande seulement quelle serait la signification et la valeur d'une pareille division. A prendre les mots dans leur sens exact, les *res in patrimonio nostro* seraient celles qui appartiennent à des particuliers, celles que l'on appelle aussi *res singulorum* ou *res privatæ* (L. 1 pr., *De divis. rer.*). Seraient hors de notre patrimoine toutes les choses appelées *res nullius*, ce qui comprend 1° les *res communes;* car, appartenant à tous, elles n'appartiennent vraiment à personne (1); 2° les *res divini juris;* car les dieux, auxquels elles sont censées appartenir, ne sont pas de véritables personnes; 3° les *res publicæ aut universitatis*, qu'elles soient ou non *in commercio;* car l'*universitas* n'est pas non plus une véritable personne, elle n'est qu'une fiction; 4° les choses dès à présent susceptibles de propriété privée, mais non encore appropriées, telles que l'île née dans la mer, une hérédité jacente ou des animaux sauvages. — On aboutit ainsi à confondre pêle-mêle dans une même catégorie les choses les plus dissemblables : la mer que sa nature même place hors du commerce, un temple ou un théâtre que la volonté du législateur y a seule soustrait et peut y faire rentrer, une forêt ou une terre publique, choses de tout point identiques aux biens des particuliers, enfin le cerf ou le lièvre qu'une flèche bien dirigée mettra immédiatement dans le patrimoine du chasseur. Cette classification est donc dépourvue de portée; car elle se réduit à la constatation d'un simple fait, et il est impossible de découvrir une seule décision pratique à la fois applicable à tous les objets compris dans l'une des deux classes et inapplicable à tous ceux de la seconde. Aussi Gaius, (II, §§ 1 et 2) ne mentionne-t-il la distinction des *res in patrimonio nostro* et *extra nostrum patrimonium* qu'à titre d'énonciation et afin d'avertir son lecteur qu'aucune de ces choses n'échappera à la généra-

(1) Le texte où l'on trouve l'indication des différentes choses *nullius* appartient à Gaius (L. 1 pr., *De divis. rer.*). Ce jurisconsulte y comprend visiblement les *res communes* parmi les *res publicæ*. Aux Institutes on rencontre un langage analogue. Justinien (§ 5 *sup.*) dit que l'usage des rivages est *publicus juris gentium*, évidemment pour signifier qu'il est commun.

lité des divisions qu'il va tracer ensuite. Justinien (pr. *sup.*), copiant les premières lignes de Gaius, a-t-il entendu leur donner une portée nouvelle? Je n'oserais affirmer le contraire; mais alors sa division aurait besoin, pour prendre un caractère pratique, d'être transformée; et les interprètes l'ont si bien senti que, faisant violence au sens naturel des mots, ils ont coutume d'appeler *res in patrimonio nostro* les choses qui sont dans le commerce, et *res extra patrimonium nostrum* les choses placées hors du commerce. C'est qu'en effet, tandis que la division des *res divini aut humani juris* et celle des *res corporales aut incorporales* avaient perdu presque toute leur importance et que celle des *res mancipi aut nec mancipi* disparaissait complétement, la distinction beaucoup plus naturelle et plus scientifique des *res in commercio aut extra commercium* tendait tous les jours à dominer la théorie entière des choses.

DES DROITS RÉELS.

199. Les droits réels se divisent en deux classes : les uns sont reconnus et organisés par le droit civil : ce sont le droit de propriété ou *dominium ex jure Quiritium*, les servitudes réelles (*jura* ou *servitutes prædiorum*), les servitudes personnelles (*jura* ou *servitutes personarum*) et le droit de gage (*pignus*) (1). Les autres n'ont été conçus, dénommés et réglementés que par le préteur : ce sont le domaine bonitaire, les droits de superficie, d'emphytéose et d'hypothèque (2).

A peine ai-je besoin de faire remarquer que, de même que le droit civil a précédé le droit prétorien, de même les droits réels civils sont de beaucoup les plus anciens : on peut les tenir pour contemporains, ou peu s'en faut, de l'existence du peuple romain. Ce sont aussi ceux qui, offrant le plus d'importance, exigent les explications les plus dé-

(1) Je ne traiterai du *pignus* qu'à propos de l'hypothèque (n° 285), parce que celle-ci n'en est qu'un perfectionnement, et que dans le dernier état de la législation ces deux droits réels se composent des mêmes éléments. Si le *pignus* donne quelques avantages de plus, ce n'est pas comme droit réel, mais plutôt à raison du contrat dans lequel il a son origine et de la possession qu'il confère.

(2) Le préteur, on le verra plus tard (n°s 271 et 277), établit des formes et des règles nouvelles pour constituer les servitudes réelles ou personnelles que l'ancienne législation avait reconnues. Serait-il exact de voir là une catégorie *sui generis* de droits réels prétoriens? Je ne le pense pas. Car s'il est vrai que ces droits ne doivent leur existence et leur sanction qu'au préteur, il est vrai aussi que leur organisation et leurs effets demeurent réglés par le droit civil.

taillées. Parmi eux la première place appartient sans contredit au droit de propriété, le plus complet de tous, celui dont les autres ne sont qu'une émanation, et, pour ainsi dire, un démembrement, et sans la connaissance duquel ils seraient inintelligibles.

DES DROITS RÉELS CIVILS.

DU DROIT DE PROPRIÉTÉ OU *Dominum ex jure Quiritium* (1).

SOMMAIRE GÉNÉRAL : I. Notions générales sur le droit de propriété. — II. De la possession ou exercice du droit de propriété. — III. De l'acquisition du droit de propriété. — IV. De la perte du droit de propriété.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ.

SOMMAIRE : I. Analyse de la propriété, ses caractères généraux. — II. Caractères spéciaux de la propriété immobilière. — III. Des choses susceptibles de propriété *ex jure Quiritium*. — De la condition des fonds provinciaux, et du *jus Italicum*. — IV. Des personnes capables d'avoir la propriété *ex jure Quiritium*.

I. — ANALYSE DE LA PROPRIÉTÉ, SES CARACTÈRES GÉNÉRAUX.

200. — Le droit de propriété est celui en vertu duquel les avantages que peut procurer une chose corporelle sont attribués tout entiers à une personne déterminée.

Ces avantages, l'analyse les a depuis longtemps réduits à trois éléments qu'on appelle *jus utendi* ou *usus*, *jus fruendi* ou *fructus*, *jus*

(1) A l'époque classique, les mots *dominium* et *dominus* (dérivés de *domus*) sont certainement techniques pour signifier propriété et propriétaire. On les emploie tantôt seuls, tantôt avec cette addition *ex jure Quiritium* qui marque spécialement une propriété consacrée par le droit civil romain. Selon quelques auteurs dont l'opinion n'est pas, à mon avis, justifiée par des preuves suffisantes, la propriété aurait été primitivement appelée *mancipium*, et *dominus* et *dominium* appartiendraient à une latinité relativement moderne. Je ferai remarquer en sens contraire, d'une part, que ces deux derniers mots sont déjà employés par Varron (*De re rust.*, II, 6 et 10) et par Cicéron (*Tuscul.*, I, 21); et, d'autre part, que le mot *mancipium* dans le sens de propriété ne se trouve que dans des auteurs qui ne sont pas jurisconsultes (p. 468, note 6) et ne correspond à aucun mot qui signifie propriétaire. Dans la vieille langue, on trouve les mots *heredium* et *herediolum* pour désigner la propriété immobilière (Varron, *De re rust.*, I, 10. — Pline l'Ancien, XIX, 4. — Festus. V° *heredium*. — Aul.-Gell., XIX, 7). Le propriétaire s'appelait *herus* (L. 11 § 6, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2. — Virg., *Æneid.*, III, v. 324. — Hor., *Sat.*, II, II, v. 129). Sous l'empire on employa les mots *proprietas* et *proprietarius*, qui finirent par devenir pleinement synonymes de *dominium* et *dominus* (n° 208).

abutendi ou *abusus*. Par *usus* on entend le droit de se servir de la chose telle qu'elle est. Habiter une maison, se promener dans un jardin, monter un cheval, voilà des actes rentrant dans l'*usus*. *Fructus* désigne le droit aux produits quelconques (1), soit produits réels, tels que des arbres, du blé, du lait, soit produits improprement dits, comme les intérêts d'une somme d'argent ou les loyers d'une maison, lesquels sont perçus à l'occasion de la chose bien plutôt qu'ils n'en proviennent véritablement. L'*abusus*, enfin, ou droit de disposition, consiste dans la faculté de transformer, d'aliéner, même de dégrader et de détruire. Donc, tandis que l'*usus* et le *fructus* s'exercent par des actes qui, laissant à la chose son existence et sa manière d'être actuelle, peuvent être indéfiniment répétés par le même propriétaire, l'*abusus*, au contraire, se caractérise par des actes qui épuisent plus ou moins complétement soit la forme ou la substance de la chose, soit le droit du propriétaire.

201. Par la précédente définition, la propriété nous apparaît tout à la fois exclusive ou absolue : dire qu'elle est exclusive, c'est dire qu'elle est essentiellement individuelle, qu'elle est l'antithèse de la communauté, et que la chose qui en fait l'objet ne profite pas à tout le monde. Aussi considère-t-on comme communes les choses qui par leur nature échappent forcément à l'appropriation individuelle (n° 197) : ces choses, en effet, appartiennent à tous, ou, ce qui revient au même, n'appartiennent à personne. Mais ce caractère exclusif n'implique pas nécessairement réunion entre les mains d'une même personne de tous les droits qui constituent la propriété. Et de fait, le partage de ces droits se présente dans les trois situations suivantes (2) : 1° une même chose appartient à deux ou à plusieurs personnes à la fois : dans cette hypothèse, aucune de ces personnes ne pouvant avoir un droit entier et exclusif (L. 5 § 15, *Commod.*, XIII, 6), chacune d'elles a sur chaque molécule un droit limité par le droit égal des autres, et entre elles toutes elles ont exactement le droit qu'aurait un propriétaire unique. On dit alors que la chose est commune ou indivise (*communis*, *indivisa*), qu'il y a copropriété ou indivision (*communio*), et les divers

(1) Employé pour exprimer une portion des droits qui appartiennent à l'usufruitier, le mot *fructus* affecte, on le verra plus tard (n° 274), une signification beaucoup plus étroite.

(2) Je ne parle pas du cas où une chose appartient à une collection d'individus considérés comme personne morale, par exemple au peuple romain ou à une cité. Car on sait que si en pareille hypothèse tous ces individus tirent profit de la chose, juridiquement ce n'est pas à eux qu'elle appartient, mais à la personne morale (n° 188).

ayant droit sont appelés copropriétaires (*socii*). Cette première situation résulte soit de la volonté même des copropriétaires actuels, soit de la volonté d'un ancien propriétaire, soit même du fait d'un tiers, du hasard ou de la loi; 2° la chose peut être grevée d'un droit réel, par exemple d'un usufruit ou d'une hypothèque. Dans cette situation, qui dérive toujours de la volonté ou du propriétaire actuel ou d'un ancien propriétaire, le droit de propriété se scinde : une portion plus ou moins considérable des avantages qui le composent se trouve détachée au profit d'un tiers sous les noms de servitude, hypothèque, ou autres; le surplus reste au propriétaire; 3° enfin, dans des circonstances qui seront ultérieurement expliquées (n°s 229 et 282), et par une réaction équitable contre les principes arbitraires du droit primitif, il arrive parfois que les avantages du droit de propriété passent presque tout entiers à une personne qui n'a pas juridiquement le titre de propriétaire. On dit de cette personne qu'elle a la chose *in bonis*, et, pour caractériser nettement le droit à peu près illusoire du propriétaire, on le qualifie *nudum dominium ex jure Quiritium*. Cette situation est toujours, directement ou indirectement, l'œuvre du propriétaire lui-même.

202. J'ai dit que le droit de propriété est absolu. Il l'est d'abord quant à son étendue, en ce sens que le propriétaire fait de sa chose, comme de sa personne, ce qu'il veut (1). Son droit, en effet, n'est que l'expression et le résultat d'un travail plus ou moins prolongé; il est la manifestation permanente d'une activité qui a su produire au delà de ses besoins. Au fond donc, c'est la personnalité humaine qui s'affirme dans le droit de propriété; et de là cette plénitude de pouvoirs qui entraîne comme conséquence remarquable la faculté de transmettre soit entre-vifs, soit par décès. Toutefois la liberté du propriétaire souffre des restrictions de deux natures différentes et qu'il faut envisager distinctement. Les unes sont fondées sur l'intérêt général et résultent directement de la loi. Sans rappeler ici les nombreuses réformes par lesquelles on tempéra petit à petit le pouvoir du maître sur l'esclave (n°s 39 et 40), je citerai les exemples suivants : 1° Un propriétaire n'a le droit de construire ou planter sur son fonds, d'y creuser un puits ou un tombeau, ni d'y faire aucun ouvrage qui puisse gêner le droit du

(1) Sa liberté va jusqu'à lui permettre de nuire indirectement à d'autres propriétaires par ses actes ou par ses négligences. Par exemple, en exhaussant une maison, je retranche à mon voisin la vue dont il jouissait (L. 9, *De serv. præd. urb.*, VIII, 2).

fonds voisin, qu'à la condition de laisser entre ce fonds et ces ouvrages un certain espace prescrit par les règlements (L. 14, *De servit. præd. urb.*, VIII, 2. — L. 13, *Fin. regund.*, X, 1. — L. 1 § 7, *De arbor. cæd.*, XLIII, 27). 2° Lorsqu'une voie publique a été détruite par suite d'éboulement ou d'inondation, le terrain nécessaire à la construction d'une nouvelle voie peut être pris sur la propriété riveraine (L. 14 § 1, *Quemad. servit. amitt.*, VIII, 6). 3° Quand des travaux d'utilité publique à exécuter par l'État ou par une cité exigent l'occupation d'un fonds privé, si le propriétaire refuse de consentir à une cession amiable, il est exproprié par voie d'autorité, mais l'usage est de l'indemniser (Frontin, *De aquæd.*, 6. — LL. 50 et 53, C. Th., *De oper. publ.*, XV, 1) (1).

Le second ordre de restrictions apportées au droit de propriété tient à ce qu'un propriétaire n'est pas toujours seul à avoir des droits sur sa chose. Elles se présentent dans trois situations déjà examinées à un autre point de vue (n° 201) : — 1° L'état d'indivision engendre de fréquentes divergences entre les copropriétaires : par exemple, l'un voudrait établir une conduite d'eau le long du mur commun, l'autre s'y oppose. L'un veut exhausser le bâtiment commun, l'autre s'y refuse. Dans ces hypothèses, c'est la volonté de celui qui entend conserver l'état actuel des choses qui l'emporte (L. 28, *Comm. divid.*, X, 3), et telle est probablement la règle à suivre toutes les fois que l'opposition de vues se manifeste relativement à des actes qui peuvent compromettre la chose commune ou qui tendent à la transformer (L. 19 pr., *De servit. præd. urb.*, VIII, 2. — L. 11, *Si servit. vind.*, VIII, 5). La copropriété aboutit donc, en fait, à limiter le *jus abutendi*, bien qu'en pure théorie et en supposant le plein accord des copropriétaires, ce droit demeure entier. 2° Quand la chose est grevée soit d'une servitude, soit de tout autre droit réel, le propriétaire ne peut rien faire

(1) Cette indemnité était-elle absolument obligatoire? On peut en douter, si l'on considère que chez les Romains la propriété immobilière n'était qu'une émanation du droit souverain de l'État et une concession faite par lui aux particuliers. Cicéron (*De off.*, III, 16) rapporte que les augures, ayant besoin d'un terrain situé sur le mont Cœlius, ordonnèrent la démolition d'une maison qui gênait leurs opérations, et il ne paraît pas que dans l'espèce le propriétaire pût prétendre à une indemnité. Mais c'est surtout à l'égard des fonds provinciaux que cette prétention semble contraire aux principes romains (nos 207 et 208). D'autre part Tite-Live (XL, 51) nous montre l'exécution d'un travail d'utilité publique arrêtée par un particulier qui ne veut pas que les censeurs disposent de son fonds. Ceci semble signifier que nul ne pouvait être exproprié sans son consentement, ni, à plus forte raison, sans indemnité.

qui tende à diminuer l'utilité de ce droit. 3° Enfin, quand une chose est seulement dans les biens de quelqu'un (nos 229 et 282), le droit du *nudus dominus ex jure Quiritium* n'est pas seulement restreint, il est presque anéanti. On peut ajouter, au surplus, que, comme dans ces trois cas la situation qui aboutit à limiter le droit du propriétaire résulte presque toujours ou de son fait ou du fait de l'un de ses auteurs, il n'y a pas véritablement exception au caractère absolu de la propriété. C'est l'exercice même du *jus abutendi* qui a entraîné diminution de ce droit.

Le droit de propriété est encore absolu quant à sa durée; en d'autres termes, il est perpétuel. Je veux dire qu'à la différence de quelques droits réels qui naturellement s'éteignent au bout d'un certain temps, il n'est pas dans la destinée régulière du droit de propriété de s'éteindre autrement que par la perte de la chose. Sans doute il change de titulaire, puisqu'il est transmissible; mais sa transmission même est une énergique affirmation de sa permanence : en un mot, le propriétaire qui aliène consomme par un acte suprême et définitif le droit qui lui appartient, mais le droit en lui-même subsiste déplacé. Deux conséquences sans doute excessives, mais qui forment deux traits originaux du droit de propriété à Rome, furent déduites de ce caractère de perpétuité : 1° les Romains n'admettent pas que par un simple acte de sa volonté le propriétaire se dépouille de son droit (L. 17 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2) (1). On verra bientôt (nos 231 et 263) qu'il faut de plus un fait matériel appelé *derelictio;* 2° à l'époque classique et encore au temps de Dioclétien, la propriété ne peut être transférée *ad tempus*, c'est-à-dire que toute aliénation exclut les clauses portant qu'à l'expiration d'un certain délai ou par l'arrivée d'un certain événement la propriété fera de plein droit retour à l'aliénateur. L'insertion d'une pareille clause rend l'aliénation nulle comme ayant pour objet la translation d'un droit qui n'est ni la propriété véritable ni un autre droit juridiquement reconnu (*Fr. Vat.*, § 283. — L. 26, C., *De legat.*, VI, 37) (2). Tout ce que l'on accorde, c'est que par une convention

(1) D'après le *jus civile* la même règle s'applique à tous les autres droits, soit aux créances, comme le prouve la théorie du pacte *de non petendo* (nos 644 et 711), soit aux droits qui ne s'apprécient point en argent (L. 34, *De pactis*, II, 14).

(2) Il ne faut pas tirer de cette formule plus qu'elle ne contient. Voici, en effet, deux ordres de situations parfaitement possibles : 1° J'aliène *ex die* ou *sub conditione*, ou bien j'accepte une institution d'héritier grevée d'un legs *per vindicationem* conditionnel. Dans cette situation, mon droit de propriété cessera *ipso jure* par l'arrivée du terme ou par l'événement de la condition. Mais cela n'a rien de

expresse ou tacite ajoutée à l'aliénation l'acquéreur peut être tenu à un certain moment de retransférer la propriété à son auteur (L. 12, *De præscript. verb.*, XIX, 5. — LL. 2 et 3, C., *De pact. int. empt. et vend.*, IV, 54). Mais cette théorie, déjà abandonnée par quelques jurisconsultes (nos 308 et 614), fut condamnée définitivement par Justinien qui admit la possibilité d'un transport de propriété *ad tempus* (L. 2, C., *De donat. quæ sub mod.*, VII, 55) (1).

II. — CARACTÈRES PARTICULIERS DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE. DES *agri limitati.*

203 *a.* La propriété immobilière présenta chez les premiers Romains deux caractères tout spéciaux, un caractère politique et un caractère religieux, l'un et l'autre déjà bien effacés à l'époque classique, mais qu'il est néanmoins essentiel de connaître si l'on tient à voir clair dans certains textes et dans certaines théories.

Le caractère politique peut se résumer ainsi : la propriété des particuliers sur les immeubles n'est qu'une concession de l'État. En effet, tandis que la propriété individuelle paraît avoir été admise dès le principe à l'égard des meubles, il est certain qu'elle ne le fut pas d'abord à l'égard des immeubles. Varron (*De ling. lat.*, V, 55) rapporte que

contraire au principe posé, puisque la propriété n'a pas été transportée *ad tempus*. 2° La propriété est *in pendenti*, c'est-à-dire qu'il est impossible pour le moment de décider si elle appartient à tel ou à tel. Soit par exemple une acquisition faite par l'esclave ou le fils de famille d'un captif : à qui appartient-elle? au captif lui-même, s'il revient jouissant du bénéfice du *postliminium*. Meurt-il, au contraire, chez l'ennemi : l'esclave aura acquis pour l'hérédité, le fils pour lui-même (L. 22 §§ 2 et 3, *De capt.*, XLIX, 15. — Nos 42 et 118). Seront encore *in pendenti* les acquisitions faites à titre d'achat par un esclave soumis à un droit d'usufruit (n° 299), les biens compris dans un pécule *castrense*, tant que l'héritier institué par le fils de famille défunt délibère (n° 297); pareillement, les choses léguées purement et simplement *per vindicationem*, tant que le légataire n'a ni accepté ni répudié le legs (n° 379). Dans tous ces cas, l'événement qu'il faut attendre pour décider fera simplement connaître quel était le propriétaire, il ne fera pas passer la propriété d'une personne à une autre.

(1) Cette constitution n'est autre que le texte précité des *Fragmenta Vaticana* (§ 283). Seulement Justinien y supprime une négation, prenant ainsi d'autant plus visiblement le contre-pied de la pensée de ses auteurs qu'il conserve avec respect l'espèce par eux résolue et même leur langage. Au surplus, la portée pratique soit de l'ancienne doctrine, soit de la nouvelle, n'apparaîtra avec netteté que lorsque nous en rencontrerons les principales applications, c'est-à-dire en matière de vente et de donation *mortis causa*.

X Ulr De coulanges S'Ulleu. 9.

Romulus fit du territoire de Rome (*ager Romanus*) trois parts dont une pour chaque tribu ; et Denys d'Halicarnasse (II, 7) ajoute que le lot de chaque tribu fut subdivisé également entre les dix curies qui la composaient (1). Ces partages témoignent que l'État fut d'abord considéré comme l'unique propriétaire du sol, mais qu'à cette propriété, qui peut-être n'était autre chose que la communauté absolue, Romulus substitua une communauté restreinte. Puis vint Numa qui répartit le sol également entre les citoyens (Cic., *De rep.*, II, 12. — Plut., *Numa*, 16), et dès lors la propriété véritable, la propriété individuelle, exista. Mais on voit qu'au lieu de l'asseoir sur son véritable fondement philosophique, qui est le travail appliqué aux matières et instruments que nous fournit la nature et que nous occupons, les premiers Romains la font dériver de l'omnipotence de l'État. Pour eux la propriété privée n'est qu'une émanation de la propriété publique (2). Étant admis, ce qui n'est guère douteux, que le territoire de Rome fut un territoire conquis, leur raisonnement fut celui-ci : La conquête a été l'œuvre commune, donc le produit de cette conquête doit être commun. Seulement l'État consent à se dessaisir en faveur des particuliers. Ce point de vue est tout à fait autorisé par cette observation de Gaius (IV, § 16), que les vieux Romains ne connaissaient pas de propriété plus légitime que celle qui dérive de la conquête, et il nous rend compte de trois ordres de faits biens certains et dont pourtant la bizarrerie ou la rigueur étonnent au premier aspect : 1° on voulut que la propriété immobilière ne pût s'acquérir que par des modes du droit civil, donc fût inaccessible à toutes personnes non investies du droit de cité ; car ces personnes, n'ayant point participé à la conquête, ne pouvaient en recueillir les bénéfices ; 2° il arriva plus d'une fois que l'autorité se permit de confisquer des propriétés privées. Tout le monde connaît la vaste confiscation par laquelle Virgile perdit son patrimoine, et l'on sait que Vespasien distribua à des vétérans certaines terres du Samnium (Hyg., *De gener. controv.* — Sicul. Flacc., *De controv.*). Ces confiscations sans doute étaient profondément odieuses, comme blessant des droits consacrés par un long usage ; mais au fond l'État ne faisait que reprendre ce qu'il avait concédé. Il agissait en donateur tout-puissant

(1) Le même auteur constate que Romulus retint une portion du territoire qui forma le domaine public. Ses successeurs en distribuèrent une partie aux citoyens pauvres (Denys, II, 62 ; III, 1).

(2) *Jure civili omnia regis sunt, et tamen illa... in singulos dominos descripta sunt* (Sénèque, *De benef.*, VII, 4).

qui se repent; 3° les fonds provinciaux, encore que la jouissance en fût laissée à des particuliers, demeuraient la propriété du peuple ou du prince (n° 207), ce qui revient à dire qu'ils ne furent jamais l'objet d'une concession aussi pleine que celle qui eut lieu pour les fonds italiques (1).

204 *a*. Le caractère religieux de la propriété immobilière se manifesta par le culte du dieu Terme et par la limitation solennelle des fonds de terre.

Si l'on en croit Varron (*De ling. lat.*, V, 74), le culte du dieu Terme remonterait au Sabin Tatius; il serait donc contemporain de la répartition du territoire entre les trente curies. D'après Denys d'Halicarnasse (II, 74) et Plutarque (*Numa*, 16), ce serait seulement Numa qui l'aurait organisé, sans doute en même temps qu'il partagea les terres entre les citoyens. Malgré cette divergence en elle-même insignifiante, une chose ressort avec clarté : c'est que l'établissement de ce culte précéda ou accompagna la création de la propriété individuelle. Chaque année, le dernier jour du mois de février, des fêtes solennelles (*Terminalia*) étaient célébrées en l'honneur du dieu Terme (Varron, *De ling. lat.*, VI, 13, — Ovid., *Fast.*, II, v. 639. — Festus, v° *Termino*).

Quant à la limitation ou bornage, opération empruntée aux Étrusques, elle avait pour but de mesurer les terres et de les séparer par des bornes. Elle impliquait prise des auspices (Hygin, *De limit. constit.*) et était accompagnée de sacrifices (S. August., *De civit. Dei*, XXI, 4). A raison de ce caractère religieux, et aussi parce qu'elle exigeait quelques connaissances géométriques et une initiation particulière aux rites compliqués de l'art augural, elle était confiée à des personnages spéciaux appelés *agrimensores* et qui dans le principe étaient de véritables prêtres (2). Au point de vue religieux, cette solennité fixait

(1) Ne peut-on pas expliquer de la même manière les confiscations qui étaient la conséquence de toutes les condamnations emportant perte de la liberté ou de la cité? C'est le peuple qui directement ou par ses magistrats prononçait la condamnation : du même coup il retranchait de l'État un membre indigne et lui reprenait ses biens. Enfin le même point de vue ne justifie-t-il pas ce que j'ai dit précédemment (page 481, note 1), que peut-être l'expropriation pour utilité publique n'impliquait pas nécessairement le payement d'une indemnité? Après tout, les confiscations en masse au profit des soldats ou des vétérans n'étaient fondées que sur un prétexte d'utilité publique, et certainement ces confiscations n'étaient pas pratiquées moyennant indemnité.

(2) C'étaient probablement les mêmes que l'on appelait *Augures publici* (Festus, v° *Publici Augures*).

le domaine du dieu Terme. Au point de vue humain, elle prévenait les usurpations d'un voisin sur son voisin, elle fournissait un élément de solution dans les nombreux litiges que suscitaient les questions de limites chez un peuple de paysans chicaneurs; enfin, en cas d'aliénation, elle renseignait les parties sur la contenance. Car l'*agrimensor* dressait de chaque terre mesurée un plan (*æs* ou *forma*) dont l'original était déposé aux archives publiques et faisait foi à l'égard de tous (Sicul. Flacc., *De condit. agror.*).

Il paraît que Numa rendit la limitation solennelle absolument obligatoire pour tout propriétaire (Denys d'Hal., II, 74). D'où il faut conclure, puisque c'est ce même prince qui créa la propriété foncière individuelle, qu'au début toute terre fut un *ager limitatus* (1).

Affectées au dieu Terme, les limites comptaient évidemment parmi les *res sacræ;* et le fonds lui-même, ayant servi de théâtre aux actes religieux que nécessitait la limitation, devenait *res sancta* (n° 193). Violer les limites constituait un sacrilége. Celui qui les avait labourées, déplacées ou autrement profanées, était maudit (*sacer*), lui et ses bœufs; et en conséquence tout le monde pouvait impunément le tuer. Il était condamné à la stérilité et sa race à la mort : car l'extinction d'une famille, telle était aux yeux des anciens la suprême vengeance des dieux (Festus, v° *Termino.* — Végoia, apud *Rei agr. Script.*).

Un texte du jurisconsulte Florentinus (L. 16, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1), et bien plus nettement encore, les fragments mutilés des *agrimensores* (2) témoignent que la limitation solennelle fut longtemps pratiquée par l'État, et voici dans quelles circonstances. C'était l'habitude des Romains, quand ils avaient conquis un territoire, d'en abandonner une portion considérable aux populations vaincues et de retenir l'autre pour eux-mêmes. La première portion n'était l'objet d'aucune limitation publique. Quant à la seconde, elle recevait en fait les trois destinations suivantes : certaines terres étaient vendues au profit du trésor

(1) Il est curieux de rapprocher ici un passage de Virgile (*Georg.*, I, v. 125) et un fragment d'un personnage inconnu appelé Végoia et qui n'est autre peut-être que la sibylle étrusque Bigoé. Ce fragment est inséré dans le recueil des *Rei agrariæ Scriptores.* Le poëte et la sibylle s'accordent à considérer la limitation comme aussi ancienne que la propriété, et ils présentent ces deux institutions comme une création unique et indivisible remontant à Jupiter.

(2) Ces *agrimensores* sont aussi appelés *rei agrariæ scriptores* ou *gromatici veteres.* Cette seconde dénomination vient du mot *groma*, qui est le nom du principal instrument dont ils se servaient (Festus, v° *Groma*). Les plus connus parmi ces écrivains sont Julius Frontin, Aggénus Urbicus, Hygin et Siculus Flaccus.

par le ministère des questeurs (1) et s'appelaient *agri quæstorii:* d'autres étaient concédées à des particuliers, souvent à des vétérans, soit à titre de don pur et simple, soit sous la condition de certaines charges, et on les appelait *agri assignati* ou *divisi* (2). D'autres, enfin, restaient dans le domaine public (3). Ce sont les *agri quæstorii* et les *agri assignati* qu'on limitait solennellement afin de déterminer d'une manière authentique et invariable les droits des acheteurs et des concessionnaires. Quant aux terres restées dans le domaine public, il en faut, si je ne me trompe, distinguer deux classes : les unes y sont restées tout entières, telles que la conquête les a données au peuple, on ne les limite pas. D'autres, appelées *subsecivi agri* ou *subseciva*, ne sont que des parcelles qui n'ont pas pu être comprises dans un mesurage régulier et sont par conséquent restées en dehors des ventes et des assignations faites par le peuple. Ces dernières, sans être limitées directement, participent à la limitation des *agri quæstorii* ou *assignati* auxquels elles confinent (4). Lorsque le domaine public cessa de s'alimenter par la conquête, l'État n'eut plus guère l'occasion de pratiquer la limitation; et il est de toute évidence qu'une fois le christianisme devenu religion de l'État, cette solennité ne put pas conserver ses formes et ses rites. L'antique limitation se transforma alors en une simple opération d'arpentage, relevant de la géométrie seule au lieu d'appartenir avant tout à la religion. D'autre part et bien avant le triomphe officiel du christianisme, l'abandon graduel des idées religieuses avait fait oublier aux particuliers la loi de Numa. Sans doute, ce fut toujours un droit pour tout propriétaire rural de contraindre son voisin au bornage, et ce droit était garanti par une action spéciale, l'action *finium regundorum*. Sans doute aussi, que le bornage se fît à

(1) Plus tard les *præfecti ærario* remplacèrent les questeurs dans cette fonction (Aul.-Gell., XIII, 24 § 30).

(2) De telles distributions accompagnaient presque toujours la fondation d'une colonie (Appien, *De bell. civ.*, V, 12 à 15).

(3) Les auteurs classiques nous fournissent des exemples de terres abandonnées aux vaincus (Cic., 2ᵉ *act. in Verr.*, III, 6. — Tit.-Liv., I, 15; II, 41); de terres vendues (Tit.-Liv., XXVIII, 46); et de terres concédées avec ou sans charge de redevance (Tit.-Liv., XXXI, 13. — Suétone, *Domit.*, 9).

(4) Sur les diverses dénominations des terres conquises il faut consulter particulièrement Siculus Flaccus (*De cond. agr.*). C'est à tort que des auteurs modernes ont appliqué l'expression *subsecivi agri* à toutes les terres demeurées dans le domaine public. L'étymologie du mot proteste évidemment, et les textes des auteurs classiques, aussi bien que ceux des *agrimensores*, sont contraires (Varron, *De re rust.*, I, 10. — Suétone, *Domit.*, 9).

l'amiable ou en justice, les particuliers ou le juge continuèrent de recourir au ministère des *agrimensores* (L. 8, *Fin. reg.*, X, 1), et ceux-ci observaient alors les mêmes procédés géométriques que s'il se fût agi d'une limitation solennelle. Mais aucun acte religieux n'intervenait plus, et le plan dressé par l'*agrimensor* n'avait d'autorité et ne faisait foi qu'entre les parties (Siculus Flaccus, *De condit. agror.*) (1).

La limitation solennelle n'était qu'une conséquence du culte voué au dieu Terme. Aussi, à mesure qu'elle perdit son importance, ce culte lui-même s'en alla. Dès la fin de la république, la violation des limites a cessé d'être un sacrilége, et une loi de Jules César la punit seulement de peines pécuniaires. Sous l'empire la peine fut aggravée et varia selon les cas, mais sans aller jamais jusqu'à la mort, si ce n'est à l'égard des esclaves (LL. 2 et 3, *De term. mot.*, XLVII, 21. — Paul, V, 22 § 2). Ainsi, du culte vieilli de Terminus, l'idée humaine qu'il enveloppait d'une forme grossière, l'idée de l'inviolabilité de la propriété, survécut seule, et dans le langage des jurisconsultes classiques, *terminus* désigne bien moins une divinité que la borne matérielle qui sépare un fonds d'un autre fonds.

205 *a*. Ces développements nous fournissent l'explication naturelle d'une distinction qui apparaît en pleine vigueur à l'époque du droit classique, et qui serait d'un arbitraire inintelligible si on la considérait comme une création réfléchie du législateur. Je fais allusion à la distinction des *agri limitati* et des *agri non limitati* (2). Pour la comprendre, il faut se rappeler d'abord que les particuliers ne tardèrent pas à abandonner la pratique de la limitation solennelle dont le sens religieux leur échappait. Il arriva donc souvent que, par l'effet d'un partage de succession ou d'une aliénation partielle, un fonds unique se morcelât en plusieurs fonds dont aucun évidemment n'était limité de tous les côtés, dont plusieurs peut-être ne l'étaient pas du tout. Il faut

(1) A l'époque classique, les *agrimensores*, dépouillés de leur caractère sacerdotal, n'étaient plus que des géomètres arpenteurs formant une corporation. Néanmoins, leur considération était grande encore; la loi leur accordait certains priviléges (L. 10 § 1, *De vacat. et excus. mun.*, L, 5), et leurs services étaient de ceux qu'on ne regardait pas comme faisant l'objet d'un véritable louage et qu'on récompensait par des honoraires (*honor*) (L. 1 pr., *Si mensor*, XI, 6).

(2) Les *agri non limitati* s'appelaient aussi *occupatorii* ou encore *arcifinales* et *arcifinii*. Le sens de ces expressions n'est pas absolument certain (Siculus Flaccus, *De cond. agror.* — Frontin, *De agr. qual.* — Aggénus Urbicus, *De contr. agr.* — Isidore de Séville, *Origin.*, XV, 13). Elles me paraissent faire allusion aux accroissements dont ces fonds sont susceptibles (n° 205 *in fine*).

savoir aussi, c'est Siculus Flaccus qui l'atteste (*De condit. agror.*), que de bonne heure, dès l'époque de Domitien, les marques de la limitation primitive disparurent, et cela sans doute non-seulement par le défaut d'entretien, par le travail lent et infailliblement destructeur des siècles, mais aussi par suite des aliénations entre voisins et par la fréquente réunion de plusieurs fonds aux mains d'un même propriétaire (L. 11, *Fin. reg.*, X, 1. — L. 2, C., *Fin. reg.*, III, 39) (1). On appelait donc *agri limitati* les terres qui avaient été, à une époque quelconque, l'objet d'une limitation publique et solennelle, et dont les limites étaient encore reconnaissables; *agri non limitati*, celles qui abandonnées dès la conquête aux peuples vaincus, n'avaient jamais été publiquement limitées ou dont les limites effacées ne pouvaient être rétablies avec certitude. Et il importe ici de bien remarquer qu'une simple limitation privée n'empêchait pas le fonds d'être considéré comme *non limitatus*. Ainsi, tandis qu'à l'origine les deux idées de propriété immobilière et de limitation avaient été inséparables, toute terre tendit bientôt à devenir un *ager non limitatus*. Et les interprètes ont pu se demander s'il y avait encore à l'époque de Justinien des *agri limitati*. La vérité me paraît être que le nombre de ces fonds devenait de jour en jour plus restreint, mais qu'il en existait encore quelques-uns. Sans cela comment comprendre qu'il en soit fait mention dans quelques textes du Digeste (L. 16, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1. — L. 1 §§ 6 et 7, *De flumin.*, XLIII, 12)? Et d'ailleurs, est-il si difficile de croire que le souvenir et les marques de la limitation solennelle se fussent conservés pour quelques fonds, surtout pour les plus récemment limités? Quant à l'intérêt que cette distinction présente au point de vue du droit privé, il ne nous apparaît guère que dans l'hypothèse d'un fonds bordé par un cours d'eau; et il peut se résumer exactement dans la proposition suivante : La contenance des *agri limitati* est absolument invariable, tandis que les *agri non limitati* s'accroissent, s'il y a lieu, par les dépôts d'alluvion que forme le cours d'eau, par le lit qu'il abandonne et par les îles qui naissent dans son sein (n° 254).

III. — DES CHOSES SUSCEPTIBLES DE PROPRIÉTÉ QUIRITAIRE. — CONDITION DES FONDS PROVINCIAUX. — DU *jus italicum*.

206. Il ressort des explications données (n° 194) sur la distinction

(1) Il est de toute évidence que Justinien détourne ces textes de leur sens vrai en les appliquant à l'action *finium regundorum*.

des choses corporelles et des choses incorporelles, que les premières sont seules susceptibles de propriété, ou, si l'on aime mieux, le droit de disposition que nous pouvons avoir sur les choses corporelles est le seul droit qu'on appelle propriété. Cela paraîtra de la dernière évidence, si l'on considère qu'aux yeux des Romains les deux idées exprimées par les mots *dominium* et *rei vindicatio* sont étroitement connexes, et, pour ainsi dire, inséparables; que le droit de propriété emporte toujours, quand cela est nécessaire, une action en revendication (L. 23 pr., *De rei vind.*, VI, 1), et que l'application de cette action est expressément limitée aux choses corporelles (Inst., § 1, *De act.*, IV, 6) (1). Il suit de là que ni les servitudes réelles ou personnelles, ni les hérédités, ni les créances ne sont l'objet d'un droit de propriété véritable. Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette proposition, ni l'exagérer.

Quant aux servitudes réelles ou personnelles, il n'y a là qu'une pure question de langage. Tout le monde reconnaît, en effet, qu'elles consistent en un démembrement de certains attributs du *dominium* au profit d'un autre que le *dominus*. Ayant donc même nature que le droit de propriété, elles s'acquièrent, sinon par tous les modes de translation de la propriété, du moins par plusieurs de ces modes; et elles sont protégées par des actions tellement analogues à la *rei vindicatio* que, dans un sens large, ces actions sont elles-mêmes appelées *vindicationes* (Gaius, IV, § 5) (2).

A l'égard des hérédités, elles sont *res nullius* tant qu'elles existent, et j'ai déjà dit qu'elles perdent leur existence légale par l'acte même qui investit l'héritier, par l'adition. Il est donc bien manifeste qu'on ne saurait les regarder comme un objet de propriété. Cela est encore vrai en ce double sens qu'elles ne reçoivent pas l'application des modes de transférer la propriété (3), et que l'action donnée à l'héritier pour faire reconnaître sa qualité n'est pas la *rei vindicatio*, encore qu'elle appartienne aussi à la classe des actions réelles.

(1) On a prétendu que les *res nec mancipi* ne comportaient pas la propriété quiritaire. Mais plusieurs textes démontrent la fausseté de cette idée (Gaius, II, § 196. — Ulp., XIX § 9; XXIV § 7). D'ailleurs nous savons par Gaius (II, § 40) qu'à l'origine la propriété quiritaire était la seule que les Romains connussent, ce qui dans ce système conduirait à dire que primitivement les *res nec mancipi* ne furent l'objet d'aucun droit, car on ne pouvait pas alors les avoir simplement *in bonis*.

(2) Le droit à une servitude est tellement identique dans sa nature au *dominium*, que l'on trouve des textes parlant du *dominium ususfructus* (L. 3, *Si ususf. petat.*, VII, 6), et que dans un sens très-général le mot *dominus* comprend l'usufruitier (L. 8 pr., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5).

(3) Pourtant certaines hérédités sont cessibles *in jure* (n° 473).

Quant aux créances, enfin, si l'on considère seulement que le créancier est bien investi d'un droit propre et exclusif, on peut être tenté de le qualifier propriétaire de la créance. Mais à ce point de vue, l'on verrait tout aussi bien dans un droit quelconque un droit de propriété. Ce qui est certain, ce qui a frappé les Romains, c'est que le droit de créance, par cela même qu'il a pour sujet passif une personne et non pas une chose, diffère essentiellement du droit de propriété. Consistant en une certaine relation entre deux ou plusieurs personnes déterminées, il ne saurait changer de titulaire sans cesser d'être. Aussi les Romains admirent-ils d'abord qu'une créance ne peut pas être aliénée; et le jour où ils réagirent contre cette idée un peu subtile, ils se gardèrent bien d'appliquer aux créances les modes de translation de la propriété; et à aucune époque elles ne furent garanties par des actions semblables à la *rei vindicatio*. C'est en ce double sens qu'il est exact de dire que les créances ne sont pas un objet de propriété.

207. Mais les choses corporelles elles-mêmes, je ne parle que de celles qui sont *in commercio*, sont-elles toutes également susceptibles de *dominium?* L'affirmative ne fit jamais aucun doute pour les meubles. Quant aux immeubles, le droit classique distingue entre l'Italie et les provinces. Les fonds italiques comportent un véritable *dominium* soit au profit de l'État, soit au profit des particuliers; les fonds provinciaux, au contraire, appartiennent tous à l'État, et nul particulier, ni citoyen ni pérégrin, ne peut d'aucune manière en acquérir la propriété quiritaire. Cependant il est certain que la plupart de ces fonds sont appropriés à des particuliers, dont on caractérise le droit en disant qu'à défaut de *dominium* ils ont la possession et la jouissance (1). Il est également certain que ce droit est, tout aussi bien que le *dominium* des fonds italiques, cessible entre-vifs et transmissible par décès (Gaius, II, §§ 7, 21 et 46. — Théoph., sur le § 40, *De divis. rer.*). Nous voilà donc en présence de deux propositions qui semblent s'exclure l'une l'autre : tous les fonds provinciaux sont dans le domaine de l'État, et pourtant ces fonds peuvent figurer et figurent presque tous dans le patrimoine des particuliers. En remontant à l'origine de notre distinction, on verra bien vite que sous cette apparence de contradiction se cache une véritable division des attributs de la propriété entre l'État

(1) Gaius (II, § 7) emploie ici le mot *ususfructus*, mais dans un sens qui n'a rien de technique. Quant aux fonds provinciaux eux-mêmes, nous verrons qu'on les appelle particulièrement *possessiones* (n° 208 *in fine*).

et les particuliers, ou, si l'on aime mieux, que la propriété privée n'est pas organisée, à l'égard des immeubles provinciaux, comme à l'égard des immeubles italiques, mais qu'elle n'en existe pas moins.

Or on sait que tout le territoire romain, depuis le sol de Rome jusqu'aux terres limitrophes des nations barbares, se forma par la conquête. On a vu d'autre part que toute conquête territoriale appartenait à l'État, mais que dès le règne de Numa l'État se dessaisit en faveur des particuliers. Ce dessaisissement fut entier. En conséquence, l'*ager Romanus* et l'*ager publicus*, jusque-là confondus, commencèrent à être distincts : les conquêtes postérieures entrèrent dans l'*ager publicus;* mais, au lieu de s'ajouter à l'*ager Romanus*, seul susceptible d'un véritable *dominium* privé, elles formèrent un *ager peregrinus* (Varron, *De ling. lat.*, V, 33) qui resta la propriété du peuple. Qu'est-ce à dire? Sans doute, comme on l'a déjà vu (n° 204), la plupart des terres conquises furent soit abandonnées aux vaincus, soit vendues ou concédées à des citoyens. Mais l'État retenait toujours un droit supérieur; il gardait du *dominium*, sinon la pleine réalité, au moins le titre et certaines prérogatives. Cependant un progrès fut accompli : la guerre sociale, qui avait valu à tous les Italiens la concession du droit de cité, entraîna probablement aussi l'assimilation du territoire italique à l'*ager Romanus* (1). Tel est du moins l'état de choses que nous trouvons établi au début de l'empire. Il est certain qu'à cette époque toutes les terres italiques comportent le *dominium* privé. Mais à l'égard des provinces, jamais Rome ne consentit à ce plein abandon du droit qu'elle tenait de la conquête. Toutes, sous la république, avaient appartenu au peuple : sous l'empire, les unes continuèrent de lui appartenir, et les fonds qu'elles comprenaient s'appelèrent *prædia stipendiaria;* les autres, en général les moins soumises et les plus difficiles à gouverner, furent rangées dans le domaine de César, et les fonds qui y étaient situés s'appelèrent *prædia tributaria* (Gaius, II, § 21). Mais ce classement, œuvre d'Auguste (Suét., *Oct. Aug.*, 47), resta indifférent quant au droit privé : il dépouillait le peuple sans rien donner ni ôter aux possesseurs des fonds provinciaux (2). Ces fonds conservèrent leur

(1) On a conjecturé que déjà le territoire des peuples qui avaient obtenu le *jus Latii* jouissait du *commercium*, c'est-à-dire était assimilé à l'*ager Romanus*.

(2) Au point de vue administratif, la distinction des provinces du peuple et de César présente un double intérêt : 1° Le gouvernement des provinces du peuple était confié à des proconsuls nommés par le sénat, celui des provinces de César à des *legati Cæsaris* désignés par le prince. Les proconsuls et les *legati Cæsaris*,

condition même après la généralisation du droit de cité par l'empereur Caracalla (n° 51).

208. Maintenant, veut-on savoir pourquoi l'État se réserva si longtemps le *dominium* du sol italique, et toujours celui des provinces? J'en vois deux motifs, et ces motifs résument aussi tous les avantages que le peuple ou César pouvaient retirer de leur droit sur le sol provincial : 1° le premier et le principal tient à une conception fausse de la nature de l'impôt. Au lieu de le considérer comme un salaire légitime des services que l'État s'engage à nous rendre, les Romains y voient la conséquence et le signe permanent d'un droit supérieur. Notamment l'impôt foncier leur apparaît comme un prélèvement que le propriétaire exerce sur une jouissance dont il a bien voulu se dessaisir. Ce point de vue admis, on s'explique sans peine pourquoi l'impôt foncier pesait sur les immeubles provinciaux, non sur les immeubles italiques (1). En Italie, cet impôt eût manqué de base logique, il n'eût été qu'une spoliation; dans les provinces, au contraire, il était l'affirmation et l'exercice du droit de l'État. Aussi lisons-nous dans l'*agri-*

tous compris sous le nom générique de *præsides*, dirigeaient toutes les branches de l'administration, excepté les finances, qui étaient confiées dans les provinces du peuple à des *quæstores*, dans celles de César à des *procuratores Cæsaris*. Ce dernier détail explique pourquoi l'édit des questeurs était inconnu dans les provinces de l'empereur (Gaius, I, § 6), il y était remplacé par des *mandata principis*. 2° L'impôt foncier ne portait pas le même nom et n'avait pas la même destination dans les deux classes de provinces. Dans celles du peuple il s'appelait *stipendium*, dans celles de César, *tributum;* et de là les expressions *prædia stipendiaria*, *prædia tributaria*. Le *stipendium* alimentait le trésor du peuple ou *ærarium;* le *tributum* était versé dans le trésor du prince ou *fiscus*. — La distinction des deux classes de provinces alla s'atténuant et s'effaçant, à mesure que le despotisme impérial consommait son œuvre d'absorption. On peut dire que dès le IIIe siècle le prince nommait, directement ou indirectement, tous les magistrats, et qu'il puisait dans l'*ærarium* avec autant d'aisance que dans le fisc. Aussi le mot *ærarium* finit-il par devenir synonyme de *fiscus*, et les derniers empereurs disent *nostrum ærarium* (L. 5, C., *De bon. vac.*, X, 10. — Nov. 18, cap. 5. — Nov. 89, cap. 12). Cependant, jusque dans le Bas-Empire et même sous Justinien, quelque chose resta de l'ancienne distinction, en ce sens que l'administration financière était centralisée entre les mains de deux ministres appelés, l'un *comes sacrarum largitionum*, l'autre *comes rerum privatarum*, le premier administrant particulièrement les revenus de l'ancien *ærarium*, le second les revenus de l'ancien *fiscus*.

(1) Bien avant son assimilation à l'*ager Romanus*, immédiatement après la conquête de la Macédoine, le sol italique avait été affranchi de l'impôt foncier. Rome se trouvait assez riche des dépouilles des vaincus (Cicér., *De offic.*, II, 22. — Pline l'Ancien, *Hist. nat.*, XXXII, 17. — Plutarq., *Paul Emil.*, 38). Mais cette immunité, qui sans doute avait toujours appartenu à l'*ager Romanus*, ne fut qu'une faveur pour les terres italiques jusqu'au jour où elles prirent la condition du sol romain. Dès lors elle devint un droit (Aggen. Urb., *De controv. agror.*).

mensor Aggénus Urbicus (*De controv. agror.*) que l'obligation de payer l'impôt foncier fut imposée à tous les possesseurs de fonds provinciaux comme une condition de leur jouissance (1), ce qui prouve bien qu'en retenant le *dominium* de ces fonds, l'État prétendait y légitimer la perception des tributs, mais du même coup il en légitimait aussi l'exagération; 2° l'État, demeurant investi du *dominium*, était à l'aise pour pratiquer des confiscations même sans motif. Ces confiscations pouvaient paraître odieuses, surtout lorsque la concession primitive n'avait pas été gratuite; mais elles n'avaient pas, dans la stricte rigueur du droit, le caractère absolument illégal de celles qui étaient pratiquées en Italie. Deux textes permettent de croire que ce droit ne resta pas à l'état de théorie morte, et que les empereurs qui en usaient ne se croyaient pas obligés d'indemniser la personne dépossédée; s'ils le faisaient, c'était à titre de pure faveur et par des considérations toutes personnelles, non pour donner satisfaction à un droit (L. 15 § 1, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 11, *De evict.*, XXI, 2) (2).

A ce double point de vue, l'infériorité des fonds provinciaux est mamanifeste : la propriété en est moins pleine et moins solide que celle

(1) Cet impôt se payait soit en nature, et il était alors du cinquième ou du septième du produit, soit en argent, et alors la somme était fixée d'après la valeur estimative du fonds (Théoph., sur le § 40 *De divis. rer.*— Hygin., *De limit. constit.*).

(2) C'est par la même idée d'un droit de propriété retenu au profit du peuple qu'il faut expliquer ces nombreuses lois agraires qui agitèrent si souvent et si violemment la république romaine. On appelait ainsi des lois qui se proposaient de remanier la distribution de l'*ager publicus*. Par des achats à vil prix, souvent par la force, l'aristocratie avait réussi à dépouiller les plébéiens de la portion des terres publiques que l'État leur avait concédée ou permis d'occuper. Il s'agissait de faire restituer ces usurpations aux pauvres. Cette prétention, quoiqu'elle froissât des intérêts qu'un long usage recouvrait d'une apparence de légitimité, n'avait évidemment rien d'illogique et rien d'inique. La plus ancienne loi agraire est celle de Spurius Cassius, elle remonte à l'an de Rome 266; la plus connue est la loi Licinia qui, vers la fin du IVe siècle de Rome, décida que nul ne pourrait posséder plus de 500 arpents de terres appartenant à l'*ager publicus*. Les riches trouvèrent le moyen de l'éluder, et l'on connaît les nobles et infructueuses tentatives des Gracques pour la remettre en vigueur (App., *De bell. civ.*, I, 7 et 8. — Plutarq., *Tib. Grac.*, 8). De nouvelles lois agraires furent encore proposées au temps de Cicéron; le grand orateur les combattit dans deux discours dont l'un nous est parvenu entier et l'autre mutilé (Cont. Rull., *De leg. agrar.*). Ce qu'il faut bien comprendre, car ce point a été longtemps méconnu par les historiens, c'est que jamais les lois agraires n'eurent pour but ni de dépouiller de véritables propriétaires ni de mettre une limite à l'étendue des propriétés foncières. Sous l'empire il n'y eut plus de lois agraires proprement dites; et l'expression *lex agraria* que l'on trouve encore au Digeste n'y désigne plus que des lois relatives au bornage ou à la police rurale (L. 3 pr. et § 1, *De term. mot.*, XLVII, 21).

X see De Coulanges L'Allew g.

des fonds italiques. Mais à tous autres égards leur condition est plutôt différente qu'inférieure (1), et les différences essentielles sont les suivantes : 1° les modes d'acquérir la propriété *jure civili* ne s'appliquent pas aux fonds provinciaux; mais ces fonds s'acquièrent soit par les modes du *jus gentium*, soit par des modes prétoriens; 2° le droit du possesseur n'est pas garanti par la *rei vindicatio* du droit civil; mais il est garanti par une action réelle utile dont la formule seule diffère et dont les résultats sont identiques (2); 3° ces fonds ne comportent pas de servitudes *jure civili;* mais le droit prétorien en admet qui s'établissent d'une autre manière et produisent les mêmes effets (n°s 271 et 277); 4° un terrain situé en province ne devient pas religieux par l'inhumation d'un mort, mais dans la pratique on le tient pour religieux (Gaius, II, § 7).

En résumé donc, et si nous ne sortons pas des rapports de pur droit privé, la différence entre les deux espèces d'immeubles existe à la surface des choses plutôt qu'au fond : c'est seulement dans la forme et dans la procédure qu'elle se manifeste. Aussi parlerait-on un langage inexact, tout au moins équivoque et dangereux, si l'on disait purement et simplement que les fonds provinciaux ne sont pas susceptibles de propriété privée (3). Mais cette propriété ne devant pas être confondue

(1) Il est même remarquable qu'à certains points de vue le droit de disposition est plus étendu à l'égard des fonds provinciaux qu'à l'égard des fonds italiques. Ainsi la loi Julia, qui défendait au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme, ne fut pas appliquée dans les provinces (Inst., pr., *Quib. alien. lic.*, II, 8). Sans doute cette jurisprudence protégeait mal la femme; mais le droit de propriété du mari en restait plus plein. Ainsi encore, nous lisons dans Gaius (II, § 7) que l'affectation non autorisée par le peuple d'un terrain provincial aux dieux d'en haut ne le rend pas sacré, mais qu'en pratique on le tient pour sacré. En Italie, une pareille affectation serait certainement nulle, quoique faite du consentement du propriétaire et avec toutes les formes requises. Cette différence s'explique peut-être par la considération suivante : les provinces avaient beaucoup de divinités dont le culte n'entrait pas dans la religion officielle de Rome. Or autoriser la consécration d'un terrain à ces dieux, c'eût été les reconnaître, et on ne le voulait pas. La proscrire, c'eût été froisser sans nécessité les populations provinciales. On se tirait d'affaire en admettant que la consécration serait nulle en droit pur et valable en fait.

(2) C'est à cette action que Justinien fait allusion au Code (L. 8 pr., *De præscript. trig. annor.*, VII, 39). Et Aggénus Urbicus qui, n'étant pas jurisconsulte, ne voit que le résultat pratique, dit formellement (*De controv. agror.*) que les particuliers revendiquent entre eux les fonds provinciaux. Ces mots *entre eux* (*inter se*) justifient tout à fait ce que j'ai dit plus haut sur le droit de confiscation (n° 203). Il n'y a pas de revendication contre l'État.

(3) L'équivoque tient à ce que notre mot *propriété* ne rend pas pleinement le

avec le *dominium*, c'est sans doute pour la désigner spécialement qu'on créa le mot *proprietas*, d'où l'on fit aussi *proprietarius*, deux mots qui expriment avec énergie le caractère exclusif que cette propriété présente au même degré que le *dominium*. Pareillement, et afin d'indiquer que la propriété de ces fonds, n'étant pas consacrée par l'ancienne législation, était plutôt un fait qu'un droit, on prit l'habitude de les appeler *possessiones* et non pas *agri* (L. 115, *De verb. signif.*, L, 16. — Festus, v° *Possessiones*. — Isid. de Séville, *Etymol.*, XV, 13).

209. Telle était la condition générale du sol provincial. Toutefois, les empereurs accordèrent à certaines cités, sous le nom de *jus Italicum*, un privilége en vertu duquel leur territoire était réputé situé en Italie, par conséquent jouissait de toutes les prérogatives attachées au sol italique (1). De pareilles concessions, leur nom même l'indique, ne furent imaginées qu'après la pleine assimilation de l'Italie à l'*ager Romanus;* et de fait, Pline le Naturaliste (III, cap. 3 § 4; cap. 21 § 25) est le plus ancien auteur qui en fasse mention. Mais elles paraissent remonter à Auguste (L. 1 § 1, *De censib.*, L, 15). Le sol investi du *jus Italicum* était exempt de l'impôt foncier (L. 8 § 7, *De censib.*) (2), et susceptible d'un véritable *dominium* avec toutes ses conséquences.

Au surplus, il était dans la marche logique des choses que la différence tout à fait artificielle des fonds provinciaux et des fonds italiques s'effaçât peu à peu. Et d'abord, en ce qui concerne l'impôt foncier, les besoins toujours croissants du fisc exigeaient qu'il fût étendu à l'Italie. Cette extension, devenue plus nécessaire encore après le partage de

mot *dominium* et ne peut pas le rendre, la propriété n'ayant pas reçu chez nous l'organisation un peu artificielle du domaine quiritaire.

(1) Longtemps on a cru, sur la foi d'un texte altéré du scoliaste Asconius Pédianus (édition de Lyon, 1551, pages 121 et 170), que le *jus Italicum* avait trait à la condition des personnes et formait un degré entre le *jus Latii* et la *peregrinitas*. Mais il est aujourd'hui bien démontré que le *jus Italicum* présentait avant tout un caractère réel, quoique légèrement mélangé de personnalité (page 497, note 1). Il ne paraît même pas que ce privilége fût accordé individuellement à tel fonds en considération du propriétaire. Les textes nous le montrent toujours appartenant à des cités entières (LL. 1, 6 à 8, *De cens.*, L, 15).

(2) Le même texte démontre que le *jus Italicum* emportait aussi exemption de la *capitatio* ou impôt personnel. Et cela est tout à fait logique, si l'on admet avec quelques interprètes que la *capitatio* avait pour unique fonction de remplacer le *tributum* ou le *stipendium*, et qu'en conséquence elle tombait seulement sur les personnes qui n'avaient pas d'immeubles. Mais cette opinion ne s'appuie que sur un texte obscur et susceptible d'une autre interprétation (L. 14, C, Th., *De annon. et trib.*, XI, 1. — L. 4, C., *De agric.*, XI, 47).

l'empire sous Dioclétien, car l'empire d'Occident n'eût pu se suffire avec les ressources de ses provinces, fut en effet décrétée, soit par Dioclétien lui-même (Jean Lydus, *De magist. Rom.*, I, 4), soit plutôt par son collègue Maximien (Aurel. Victor, *De Cæsar.*, 39). Quant au droit de confiscation, nous avons déjà vu que les empereurs le pratiquaient sans plus de gêne en Italie que dans les provinces; mais, odieux partout, il devait partout disparaître. Enfin, au point de vue du droit privé, l'assimilation résulta progressivement de l'abandon des formes vieillies du droit civil, de la prédominance tous les jours plus accusée du droit prétorien, et de la nécessité mieux sentie d'établir les mêmes règles partout où existaient les mêmes besoins (1). Aussi, dès le IIIe siècle de l'ère chrétienne, voyons-nous souvent les mots *dominium* et *dominus* employés sans scrupule alors même qu'il s'agit d'un sol provincial (L. 9, C., *De pign. et hyp.*, VIII, 14. — L. 2, C., *Ubi in rem act.*, III, 19. — *Fr. Vat.*, §§ 315 et 316), et il n'y a rien d'exagéré à soutenir qu'au commencement du règne de Justinien la distinction n'existait plus que dans les anciens livres (2). Ce prince put donc la supprimer sans accomplir une révolution juridique (Inst., § 40, *De divis. rer.* — L. unic., C., *De nud. jur. Quirit.*, VII, 25). Cette suppression restreignit la portée du *jus Italicum* désormais inutile pour conférer à un territoire provincial l'aptitude au *dominium* (3). Et ainsi se trouvèrent consommées quant aux choses, comme elles l'étaient déjà quant aux personnes, la fusion et l'unité qu'il était dans la destinée romaine de réaliser.

(1) Il est fort probable que le *jus Italicum* comportait aussi les priviléges personnels attachés d'ordinaire à la qualité d'habitant de l'Italie, par exemple l'application de la loi Furia *De sponsu* (Gaius, III, §§ 122 et 123) et une plus grande facilité à acquérir le *jus liberorum* (Inst., pr., *De excus. tut.*, I, 25). Cette conjecture s'appuie avec vraisemblance sur la loi 8 § 3, *De censibus*, et sur l'*inscriptio* de la loi 7 au même titre. Dans une opinion fort douteuse, on admet de plus que toutes les cités investies du *jus Italicum* jouissaient nécessairement d'une organisation municipale indépendante. On se fonde sur ce que les monnaies de plusieurs de ces cités portent l'image du dieu Silène debout et la main levée. Or c'était là, selon Servius (*Ad Æneid.*, III, 20; IV, 58), l'emblème de l'indépendance.

(2) Déjà Nératius (L. 13, *De acq rer. dom.*) employait les mots *dominium* et *proprietas* comme synonymes.

(3) Quant aux autres effets du *jus Italicum*, ils se maintinrent; et comme le principal consiste dans l'exemption des impôts foncier et personnel, on s'explique sans difficulté pourquoi c'est seulement au titre *De censibus* que Justinien mentionne ce droit. Au surplus, la dénomination de *jus Italicum* avait cessé d'être exacte depuis que l'Italie elle-même était soumise à ces impôts.

IV. — DES PERSONNES CAPABLES D'ÊTRE PROPRIÉTAIRES (1).

210. Être *sui juris*, c'est-à-dire capable d'avoir un patrimoine, telle est la condition essentielle de l'aptitude à acquérir le droit de propriété. Ce n'est donc pas seulement le domaine quiritaire qui est inaccessible aux personnes *alieni juris*, c'est aussi la propriété bonitaire et la propriété spéciale que comportent les fonds provinciaux. On sait déjà qu'à l'égard des esclaves, excepté les *servi publici*, ce principe se maintint toujours (n°s 39 et 41); car la raison n'admet pas qu'une personne réputée chose ait des biens. Quant aux personnes *in manu* ou *in mancipio*, l'application du principe cessa forcément par la disparition de la *manus* et du *mancipium*. Enfin, en ce qui regarde les fils de famille, j'ai déjà annoncé (n° 77) et je montrerai bientôt (n°s 297 et 298) que dans le dernier état de la législation la capacité d'être propriétaires leur est reconnue, un peu moins pleine toutefois qu'aux pères de famille.

A. Mais le droit de propriété implique-t-il la qualité de citoyen romain? A coup sûr, si l'on remonte à l'époque reculée où étranger signifiait ennemi (N° 49), il est hors de doute que Rome ne pouvait reconnaître aucun droit de propriété véritable à des personnes qu'elle se croyait en droit de dépouiller sans motif et en toutes circonstances (Gaius, IV, § 37. — N° 792). La rigueur de cette législation primitive ne fléchit jamais à l'égard des populations barbares. Mais un intérêt politique de premier ordre s'opposait à ce qu'on l'appliquât aux personnes qui vivaient sous la domination romaine sans jouir du *jus civitatis* et même à celles qui faisaient partie d'un peuple allié ou ami. Pour préciser mieux, je me placerai seulement à l'époque classique, et je distinguerai entre les pérégrins et les Latins.

A. Quant aux pérégrins, je ne sache pas qu'aucun texte déclare ou même permette de soupçonner qu'ils aient jamais été, à raison de leur seule nationalité, incapables de devenir propriétaires. Mais indirectement l'incapacité les frappe quant aux choses dont l'acquisition exige le *commercium*, ou dont la propriété, ce qui revient au même, ne s'acquiert que par des modes civils. Ces choses sont seulement les *res mancipi*. Et encore est-il probable (page 468, note 2), que les

(1) Tout ce qui va être dit ici de la propriété s'applique également aux autres droits réels civils.

meubles de cette catégorie dépouillent à l'égard des pérégrins leur caractère de *res mancipi*, ce qui signifie que les modes du droit des gens leur suffisent pour en acquérir et en transférer la propriété romaine. En décidant ainsi, on ne faisait que s'incliner devant les exigences absolues du commerce. De sorte qu'en dernière analyse les seules choses dont le *dominium* soit inaccessible aux pérégrins, ce sont les immeubles italiques. Car l'aptitude à posséder les fonds provinciaux leur appartient aussi bien qu'aux Romains.

A. Quant aux Latins, puisqu'ils jouissent du *commercium* (nos 50 et 63), leur aptitude générale à acquérir la propriété quiritaire ne saurait faire aucun doute. Néanmoins, ils sont tous incapables de succéder à titre d'héritiers légitimes (Paul, IV, 10 § 3), et les Latins Juniens spécialement ne peuvent recueillir ni hérédité testamentaire ni libéralité quelconque de dernière volonté (nos 63, 332 et 403).

DE LA POSSESSION OU EXERCICE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

SOMMAIRE : I. Notions générales sur la possession. — II. Comment elle s'acquiert. — III. Comment elle se conserve ou se perd. — IV. Des choses qui comportent la possession.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA POSSESSION.

211. Parmi les modes d'acquérir la propriété, il y en a trois, savoir l'occupation, la tradition et l'usucapion, qui ont pour base la possession : l'étude de la possession forme donc une introduction nécessaire à l'étude de l'acquisition de la propriété.

Le mot *possessio*, comme l'indique son étymologie probable (*posse*) (1), éveille avant tout l'idée d'une personne placée en contact matériel avec une chose ; il exprime le fait de la détenir, de l'avoir physiquement à sa disposition. Si à ce fait se joint, avec ou sans droit, la volonté de la traiter comme sienne, on dira que le détenteur possède. La possession implique donc deux éléments, l'un corporel (*corpus* ou *factum*), l'autre intellectuel (*animus domini*, *animus rem sibi habendi*, ou simplement *animus*). Ainsi conçue, elle est l'exercice du droit de propriété ; à coup sûr, elle ne le prouve pas, elle ne l'implique pas nécessairement, mais elle en est le signe probable et elle le fait présumer ; d'ordinaire,

(1) Paul donne une autre étymologie fort douteuse, mais qui contient la même idée. Il fait venir *possessio* de *sedes*, ou, selon certaines éditions, de *pes* (L. 1 pr., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2).

en effet, chacun possède ce qui lui appartient et ne possède que cela. Cependant la propriété peut se rencontrer sans la possession et la possession sans la propriété (L. 1 § 2, *Uti poss.*, XLIII, 17). Pour me borner à un seul exemple, le plus frappant de tous, le vol que je subis ne m'ôte pas la propriété de ma chose, mais il m'en ôte bien la possession; et, d'autre part, le voleur, qui assurément n'en est pas devenu propriétaire, la possède, car il la détient, et il a manifesté de la façon la plus significative l'intention de se comporter en maître (1).

Jointe ou non à la propriété, la possession est protégée par le préteur à l'aide de diverses procédures appelées interdits, elle est protégée pour elle-même, et en ce sens elle constitue un véritable droit (2). Non sans doute qu'on entende assurer au possesseur la conservation perpétuelle d'une chose dont il ne serait pas propriétaire; mais qu'il vienne à être troublé ou dépossédé, il fera cesser le trouble ou obtiendra la restitution sans avoir à justifier de son droit de propriété. Ainsi maintenu ou réintégré, il trouve dans sa situation de possesseur ce grand avantage que son adversaire, élevant des prétentions à la propriété, doit nécessairement intenter une action en revendication, partant prouver son droit; lui, au contraire, renfermé dans le rôle plus facile de défendeur, n'aura qu'à détruire les moyens allégués à l'appui de la demande, et souvent il triomphera grâce à leur insuffisance plutôt que par la force et par l'évidence de son propre droit (Inst., §§ 4 et 6, *De interd.*, IV, 15).

212. Telle étant la véritable possession, il est bien manifeste que

(1) Ulpien (L. 12 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*) dit : *Nihil commune habet proprietas cum possessione.* Cette phrase souvent répétée ne fait pas seulement allusion à la séparation possible de la propriété et de la possession : elle doit s'entendre aussi de la différence profonde qu'il y a entre les moyens de les acquérir ou de les perdre, entre les avantages qu'elles procurent, et entre les voies établies pour les faire respecter. Dans le même sens Vénuléius dit : *proprietas et possessio misceri non debent* (L. 52, *De acq. vel amitt. poss.*).

(2) Cependant plusieurs textes considèrent la possession comme *res facti, non juris* (L. 1 §§ 3 et 4, *De acq. vel. amitt. poss.* — L. 12 § 3, *De capt.*, XLIX, 15). En quoi ils font simplement allusion à la nécessité de l'élément corporel, soit pour acquérir, soit pour conserver la possession. Mais ils n'entendent pas nier qu'elle constitue un droit, un droit qui, si l'on veut, suppose toujours un fait. Aussi, au lieu de la qualifier absolument *res facti*, est-il plus exact de dire avec Papinien qu'elle contient *plurimum facti* (L. 19, *Ex quib. caus. major.*, IV, 6). Et tel est bien aussi le point de vue de Constantin parlant d'un *jus possessionis* (L. 10, C., *De acq. et ret. poss.*, VII, 32). Papinien dit également qu'elle emprunte beaucoup *ex jure* et qu'elle n'est pas seulement *res corporis*, mais *res juris* (L. 49 pr. et § 1, *De acq. poss.*).

celui qui a l'*animus* sans le *corpus* et celui qui a le *corpus* sans l'*animus* ne possèdent ni l'un ni l'autre. A l'un manque l'élément extérieur et matériel de la possession; peut-être son *animus domini* implique-t-il prétention à la propriété, mais de cette prétention la loi ne tient aucun compte tant qu'elle ne s'affirme pas par l'exercice d'une action en revendication. Quant à l'autre, sa situation présente une ressemblance superficielle avec celle du possesseur, puisqu'il est, comme ce dernier, en contact avec la chose; elle constitue un fait dont il est impossible que la législation ne se préoccupe pas. Le *corpus* sans l'*animus* se rencontre principalement chez deux sortes de personnes : 1° chez les personnes *alieni juris* qui, incapables d'être propriétaires, n'ont jamais ou tout au moins ne peuvent avoir efficacement l'*animus domini;* 2° chez les personnes qui ne sont nanties de la chose qu'en vertu d'un titre exclusif de toute prétention personnelle à la propriété et impliquant reconnaissance du droit d'un tiers. Tels sont le dépositaire, le commodataire, le locataire, l'usufruitier, etc. Toutes ces personnes ont bien la détention de la chose, mais elles n'ont rien de plus. Aussi les textes, pour accuser que l'*animus* leur manque, disent-ils d'elles : *non possident, nullam habent possessionem* (L. 3 § 20, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 6 § 2, *De precar.*, XLIII, 26. — L. 33 § 1, *De usurp.*, XLI, 3); mais en même temps, pour marquer qu'elles ont l'élément corporel de la possession, ils disent également *rem tenent, sunt in possessione* (L. 9, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 10 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*). Parfois aussi, et fort improprement, on dit qu'elles ont la possession; mais alors, pour caractériser cette possession incomplète, volontiers on la qualifie *corporalis* (L. 24, *De acq. vel amitt. poss.*) ou *naturalis* (L. 3 § 3, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 2 §§ 1 et 2, *Pro hered.*, XLI, 5. — L. 38 § 7, *De verb. obl.*, XLV, 1), par opposition à la véritable possession qu'on appelle *justa* (L. 13 § 1, *De publ.*, VI, 2. — L. 22 § 1, *De noxal. act.*, IX, 4).

La simple détention ou possession corporelle n'est jamais protégée pour elle-même; je veux dire que, troublé ou dépossédé, celui qui n'est que détenteur ne peut pas recourir aux interdits pour se garantir du trouble ou se faire réintégrer. Mais de là faut-il conclure que la simple détention demeure sans conséquences? Non, et en effet, par application de la règle *In pari causa melior est causa possidentis*, le détenteur est autorisé à garder la chose tant que nul ne justifie que la restitution lui en est due, soit à titre de propriétaire ou de véritable possesseur, soit à titre de créancier, soit enfin en

vertu d'un droit de puissance sur la personne même du détenteur.

Maintenant, parmi les possesseurs proprement dits, je veux dire ceux qui ont à la fois le *corpus* et l'*animus*, il y a des distinctions à faire : les uns ont été mis en possession par le véritable propriétaire, et alors, si la chose est *res nec mancipi*, la propriété leur en a été immédiatement acquise; si elle est *res mancipi*, elle est seulement entrée dans leurs biens (n° 229), mais ils l'usucapent à coup sûr. D'autres, au contraire, ne tiennent la possession que de leur propre fait ou du fait d'un non-propriétaire : en pareil cas, s'ils ont juste cause et bonne foi, ils usucapent (1), mais leur usucapion ne pourra s'achever ou leur profiter qu'autant que le propriétaire n'excercera pas la revendication en temps utile. Que si la juste cause ou la bonne foi leur manquent, leur possession, durât-elle cent ans et plus, ne se convertit jamais en un droit de propriété.

En résumé, il ressort de tout ce qui précède, d'une part, que les Romains séparent très-nettement la détention nue ou possession corporelle, simple fait non garanti par la loi, et la possession *animo domini* ou possession proprement dite toujours protégée par les interdits; d'autre part, que parmi les possesseurs ils distinguent ceux qui ont acquis ou peuvent acquérir la propriété et ceux qui ne seront jamais que simples possesseurs (2). La possession *animo domini* est la seule dont je parlerai désormais, et cela sans plus distinguer ni si elle appartient au propriétaire, ni, dans le cas contraire, si elle peut conduire à la propriété.

(1) En attendant que l'usucapion soit parfaite, les possesseurs de bonne foi jouissent de plusieurs autres avantages : 1° ils gagnent les fruits (n° 250); 2° ils ont une exception de dol pour recouvrer contre le propriétaire revendiquant les dépenses nécessaires ou utiles qu'ils auraient faites sur la chose (n° 257); 3° si c'est un esclave qu'ils possèdent, ils acquièrent par lui dans une certaine mesure (n° 299).

(2) Ces idées, dont l'exactitude n'est pas contestable, sont présentées par beaucoup d'interprètes modernes sous une forme un peu différente. Ils distinguent, en effet, trois sortes ou plutôt trois degrés de possession : 1° la simple détention ou *possessio naturalis;* 2° la possession *animo domini* ou possession *ad interdicta;* 3° la possession *ad usucapionem* ou *possessio civilis*. — Cette classification ne peut être adoptée sans inconvénient que sous la réserve des deux observations suivantes : 1° elle donnerait à croire que la terminologie romaine est absolument exempte d'indécision. Or la vérité est que le langage est ici beaucoup moins fixé que le fond des idées. Ainsi l'expression *possessio naturalis*, je l'ai dit moi-même (n° 212), s'applique tout particulièrement à la simple détention; et néanmoins quelques textes l'emploient pour caractériser même la possession qui donne droit aux interdits, cela du moins quand cette possession n'est ni jointe à la propriété ni de nature à la faire acquérir (L. 3 § 15, *Ad exhib.*, X, 4. — L. 1 §§ 9 et 10, *De vi*, XLIII, 16). Sans

II. — COMMENT S'ACQUIERT LA POSSESSION.

213. Puisque la possession exige à la fois le *corpus* et l'*animus*, mais n'exige rien de plus, le principe évident c'est qu'elle ne sera jamais acquise sans le concours de ces deux éléments, mais qu'elle le sera nécessairement aussitôt que ce concours se produira (L. 3 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*). Et il n'importe que cette coexistence du *corpus* et de l'*animus* se soit rencontrée dès le début ou que l'un des deux ait précédé l'autre. Si par exemple un fermier achète la chose dont il était nanti à ce titre, ou si une personne prétendant des droits à la propriété d'un bien se le fait délaisser par le détenteur, propriétaire ou non, voilà à l'instant même une possession qui commence (1).

Quelques détails sont nécessaires soit sur le *corpus*, soit sur l'*animus*.

Entendue littéralement, la première condition supposerait à toute force un contact physique avec la chose. S'agit-il d'un meuble : il faudrait le manier ou le toucher. D'un immeuble : le parcourir en tout ou

doute aussi, la possession qui mène à l'usucapion s'appelle *civilis*, parce que l'usucapion est une institution de droit civil (L. 26 pr., *De donat. int. vir.*, XXIV, 1. — L. 1 §§ 9 et 10, *De vi*); mais on appelle également *civilis* toute possession protégée par le préteur, toute possession *animo domini* (L. 24, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 2 § 1, *Pro hered.*, XLI, 5), et ce langage se justifie très-bien par l'analogie, si l'on songe que les obligations sanctionnées par voie d'action sont toutes appelées civiles, quelle que soit leur origine, par opposition aux obligations naturelles que la loi ne sanctionne pas; 2° quant au fond, cette classification peut paraître répréhensible comme se référant trop exclusivement aux possesseurs qui n'ont pas la propriété. Il y aurait quelque bizarrerie, en effet, à dire d'un propriétaire qu'il possède *ad usucapionem;* et pourtant sa possession est bien *civilis* au moins au même degré que celle d'un possesseur de bonne foi. Sans cela il faudrait admettre qu'une fois l'usucapion achevée, la possession cesse d'être *civilis;* il faudrait admettre aussi que celui qui reçoit une *res nec mancipi* du propriétaire ne possède pas civilement, alors pourtant que le droit civil lui fait acquérir la propriété comme conséquence immédiate de la possession. Or serait-il sérieux que, parce qu'elle accompagne ou engendre un droit plus fort, la possession fût classée dans un degré inférieur ?

(1) Il est à remarquer que l'acquisition de la propriété ne suppose essentiellement ni le *corpus* ni l'*animus*. Que je devienne propriétaire sans avoir la chose à ma disposition physique, cela arrive tous les jours, par exemple en cas de mancipation ou d'*in jure cessio*. Que je le devienne sans en avoir l'intention et même à mon insu, cela est plus rare sans doute, mais non pas impossible : ainsi un héritier nécessaire est investi de la succession avant même de connaître sa qualité, et les acquisitions faites par une personne *alieni juris* entrent immédiatement dans le patrimoine de celui qui a la puissance, quoiqu'il les ignore.

en partie. Tout au moins, et encore ne serait-ce là qu'une décision de faveur, faudrait-il avoir la chose sous les yeux. Ce formalisme puéril ne s'imposa-t-il pas, très-anciennement, à l'esprit des jurisconsultes? Il est permis de le conjecturer (L. 1 § 21; L. 3 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*); mais ceux de l'époque classique le répudient sans hésiter, et à leurs yeux le *corpus* consiste seulement dans la faculté physique d'user et de disposer de la chose dès qu'on le voudra. Si par exemple les clefs d'un grenier m'ont été remises et que le grenier soit proche, si des marchandises que j'ai achetées ont été déposées dans ma maison, l'élément physique de la possession m'est acquis, parce qu'en fait rien ne m'empêche de me livrer immédiatement à des actes de propriétaire (L. 18 § 2, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 74, *De contr. empt.*, XVIII, 1). Mais à l'inverse, possédant un bois clos ou un étang, je ne possède pas les animaux sauvages ou les poissons qui le peuplent; car il ne dépend pas de moi de les avoir à ma disposition quand il me plaira; et de même la possession d'une maison n'implique pas possession des matériaux considérés comme tels, car pour m'en servir à ce titre, il faudrait d'abord les rendre à leur nature mobilière en démolissant la maison (L. 3 § 14; L. 30 pr., *De acq. vel amitt. poss.*).

A. De ce qu'il n'y a pas de possession sans *corpus*, les Romains tirent deux importantes conséquences : la première, qui sera bientôt développée et appréciée (n° 218), c'est que les choses corporelles sont seules susceptibles de possession (L. 3 pr., *De acq. vel amitt. poss.*); la seconde, tout à fait rationnelle, c'est qu'une même chose ne saurait être possédée pour le tout par plusieurs personnes à la fois (L. 3 § 5, *De acq. poss.*). Si en effet l'une a la pleine disposition physique de la chose entière, l'autre évidemment ne l'a pas (1). Mais rien n'empêche, et cela ressortirait au besoin de la règle même que je constate, que la

(1) Pareillement le droit de propriété, à raison de sa nature exclusive, ne saurait appartenir pour le tout à deux personnes à la fois. Ulpien, qui présente la règle comme commune à la propriété et à la possession (L. 5 § 15, *Commod.*, XIII, 6), semble admettre ailleurs (L. 3 pr., *Uti possid.*, XLIII, 17) la possibilité d'une possession *in solidum* au profit de deux personnes à la fois. Mais tel n'est pas le vrai sens de ce dernier texte. Le jurisconsulte se propose, au contraire, de mettre en relief les conséquences absurdes et impraticables auxquelles une pareille doctrine conduirait : il fait remarquer qu'étant admis deux possesseurs de la même chose *in solidum*, si de plus chacun des deux avait une possession exempte de vices à l'égard de l'autre, on ne saurait lequel faire triompher dans l'interdit *Uti possidetis*. Car la victoire doit appartenir à celui qui justifie d'une possession actuelle non vicieuse à l'égard de son adversaire. Si donc les deux parties à la fois pouvaient remplir cette condition le juge se trouverait véritablement dans une impasse.

possession d'un même objet n'appartienne indivisément à plusieurs personnes ensemble (L. 26, *De acq. vel amitt. poss.*).

214. Quant à l'*animus* exigé pour l'acquisition de la possession, il consiste dans la pensée bien arrêtée de se comporter comme propriétaire, et c'est pourquoi on l'appelle *animus domini* (Théoph., § 4, *Per quas person.*, II, 9; et § 2, *Quib. mod. obl. toll.*, III, 29). Mais il n'implique évidemment ni la croyance que l'on est vraiment propriétaire, ni même l'intention ou l'espérance de le devenir; et de là entre les possesseurs non propriétaires une distinction déjà signalée, celle des possesseurs de bonne foi et des possesseurs de mauvaise foi (L. 3 § 22, *De acq. vel amitt. poss.*).

L'*animus domini* se manifeste dans trois catégories d'hypothèses qu'il importe de bien séparer, si l'on veut avoir la notion exacte de son degré d'efficacité :

1° Ma possession de fait dérive d'une *justa causa*. Je veux dire que par exemple la chose m'a été livrée en exécution d'une vente, d'une donation, d'un legs, ou plus généralement que je la tiens en vertu d'un fait juridique d'où se dégage avec évidence mon intention de devenir propriétaire (1). Le suis-je effectivement devenu? Peut-être oui, peut-être non. Mais à coup sûr je possède; je possède, quand même la chose m'aurait été remise par une personne dépourvue elle-même de l'*animus domini;* car cet *animus* n'a pas besoin de m'être transmis : c'est assez qu'il naisse en ma personne, et, à vrai dire, il ne se prête même pas à une transmission proprement dite.

2° Moi-même, sans aucune juste cause, je me suis mis en possession de fait. Ici encore je possède véritablement. Mais il faut bien remarquer que si mon entrée en possession a été violente ou clandestine, si par exemple elle s'est accomplie à l'aide d'un vol ou à main armée, ma possession ne me sert à rien contre celui que j'ai dépouillé. A son égard elle est qualifiée injuste (2) ou vicieuse (L. 3 pr., *Uti possid.*,

(1) La notion exacte de la *justa causa* sera ultérieurement précisée et développée (nos 226 et 233). Remarquons bien qu'au point de vue qui seul nous occupe ici il n'y a pas à distinguer, comme il faudra le faire en matière de tradition et surtout d'usucapion, si la *justa causa* est valable ou non. Il est bien évident, par exemple, qu'une donation entre époux, quoique nulle en principe, manifeste chez le donataire un *animus domini* tout aussi énergique que si elle était valable (L. 1 § 4, *De acq. vel amitt. poss.*).

(2) On appellera donc *justa* la possession exempte de violence et de clandestinité, ajoutons aussi de précarité. L'expression *possessio justa* s'emploie encore dans deux autres sens, l'un plus large pour désigner toute possession *animo do-*

XLIII, 16. — Gaius, IV, § 151); et les interdits qui me protégent contre toutes autres personnes ne me protégent pas contre lui. C'est à quoi Javolénus fait allusion en disant que c'est même chose de n'avoir point acquis la possession ou de ne pouvoir la conserver (L. 22, *De acq. vel amitt. poss.*).

3° Enfin, alors que j'avais commencé à détenir au nom d'autrui, par exemple en qualité de dépositaire ou d'usufruitier, il peut arriver qu'un jour je m'insurge contre mon titre, et que ma conduite accuse l'intention évidente de traiter désormais la chose comme mienne; ou bien, héritant d'un simple détenteur, je le crois propriétaire et me comporte comme tel. Est-ce que ma détention va par là se transformer en une possession véritable? Non, cet *animus domini*, condamné par mon titre primitif, reste sans valeur à l'égard de tout le monde, et c'est ce que l'on exprime par cette règle célèbre : « *Nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis* » (L. 19 § 1, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 23, C., *Loc. cond.*, IV, 65), règle qui dans l'espèce m'empêchera d'acquérir les interdits et les conservera à celui au nom de qui je continue malgré moi de détenir (1). Pour qu'il en fût autrement, pour que je devinsse vraiment possesseur, il faudrait qu'une vente ou tout autre titre contenant *justa causa* me fût consenti soit par le propriétaire, soit par un tiers (L. 33 § 1, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3).

A. Deux cas particuliers doivent être signalés dans lesquels la possession véritable, partant le droit aux interdits, appartiennent à des personnes évidemment dépourvues de l'*animus domini* et qui même détiennent en vertu d'un titre impliquant reconnaissance du droit d'un autre : j'ai nommé le créancier gagiste et le précariste (2). Le premier

mini (n° 212), l'autre plus étroit pour désigner la seule possession de bonne foi (Gaius, II, § 95).

(1) On verra plus loin (n° 243) que cette règle ne s'applique pas seulement dans l'espèce ici prévue et qu'elle produit en matière d'usucapion une autre conséquence importante.

(2) Considérant que ces deux personnes possèdent sans *animus domini*, quelques interprètes proposent d'appeler de préférence *animus possidendi* le second élément requis pour la possession. Je reconnais sans difficulté que cette expression n'est pas étrangère à la langue des jurisconsultes (L. 3 § 3, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 41, *De reb. cred.*, XII, 1). Mais elle est inacceptable quand il s'agit de définir la possession, parce qu'elle a le défaut de faire entrer le défini dans la définition. Mieux vaut donc reconnaître franchement deux exceptions à la règle que de supprimer les exceptions en restant dans le vague et en recourant à une définition qui ne définit rien. Car qu'est-ce que l'*animus possidendi?* Il est manifeste que la réponse à cette question doit ou indiquer la nature de la possession ou la supposer déjà connue.

doit restituer dès qu'il est payé (n° 599); le second, à première réquisition et même sur le simple caprice du concédant (n° 596). Il est donc bien manifeste que ni l'un ni l'autre n'ont reçu la chose pour en disposer en maîtres, et que s'ils s'avisaient un jour de revêtir l'*animus domini*, ce ne serait là qu'une fantaisie condamnée à l'impuissance par la règle *Nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis*. Et pourtant les mêmes textes (L. 13 § 1, *De publ.*, VI, 2. — L. 22 § 1, *De noxal. act.*, IX, 4) qui leur dénient l'*animus domini* leur reconnaissent une possession régulière, et c'est ce que confirment beaucoup d'autres textes (notamment L. 16, *De usurp. et usuc.* — L. 4 § 1, *De precar.*, XLIII, 26). Cette double anomalie me paraît s'expliquer assez bien par l'idée suivante : en constituant un gage ou un précaire, nous cédons notre possession, c'est-à-dire notre droit aux interdits, de sorte que le gagiste et le précariste empruntent à autrui l'*animus domini* qui leur fait défaut (1). Seulement, il y a entre eux cette importante différence que le gagiste possède à l'égard de tout le monde, même du constituant, tandis que le précariste ne saurait user des interdits contre le concédant (L. 17, *De precar.*) : au regard de ce dernier, sa possession est toujours *injusta* ou *vitiosa*. La cession est donc plus pleine en faveur du gagiste qu'en faveur du précariste ; et cela tient à ce que l'un l a reçoit à l'appui et comme garantie d'un droit de créance indépendant de la personne qui constitue le gage, tandis que, l'autre n'ayant aucun droit propre, la même volonté qui lui a tout donné peut tout lui retirer (2). Au surplus, lorsque la constitution du gage ou la concession du précaire émane d'un non-propriétaire, c'est toujours lui qui continue, s'il y a lieu, d'usucaper et de jouir des autres faveurs attachées à la possession de bonne foi. Et à ce point de vue, mais à ce point de vue seul, on dit qu'il est réputé posséder (L. 1 § 15; L. 36, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 6 § 2, *De precar.*). Au fond donc les avantages

(1) C'est ainsi que nous voyons deux parties déposant une chose litigieuse aux mains d'un séquestre lui en conférer la possession (n° 598 *in fine*). Mais ici cette cession exige une convention spéciale, au lieu de se présumer nécessairement comme dans nos deux hypothèses.

(2) A raison de la différence que je signale, on a pu dire du gagiste, au moins tant qu'il n'est pas payé, que s'il n'a pas l'*animus domini* dans toute sa plénitude, il l'a pourtant dans une certaine mesure. Il a l'*animus rem sibi habendi*, et il le prouvera peut-être un jour en exerçant l'une des plus importantes prérogatives de la propriété, le droit d'aliéner. Rien de pareil quant au précariste. A celui-ci les interdits sont accordés, moins peut-être dans son propre intérêt que dans l'intérêt du concédant qui échappe ainsi à la nécessité de surveiller sa chose.

de la possession sont partagés; mais c'est au précariste et au gagiste qu'appartient l'avantage spécial qui la caractérise invariablement, c'est-à-dire le droit aux interdits (1).

Deux conséquences résultent de la nécessité de l'*animus :* 1° toute possession a nécessairement conscience de son existence et de son étendue. D'où il faut conclure que, possesseur d'un fonds, je ne possède pas le trésor qui git à mon insu dans ce fonds (L. 3 § 3, *De acq. vel amitt. poss.*). Il en faut aussi conclure à l'impossibilité de posséder, non pas sans doute une part indivise (L. 26, *De acq. poss.*), mais une part indéterminée, c'est-à-dire dont on ne serait pas en mesure d'indiquer la proportion par rapport au tout (L. 3 § 2, *De acq. poss.*) (2); 2° les personnes incapables d'avoir une volonté sont nécessairement incapables d'acquérir la possession par elles-mêmes. Cette doctrine rigoureuse fut toujours suivie à l'égard des personnes morales et des fous (L. 1 §§ 3 et 22, *De acq. poss.*). Elle le fut longtemps aussi à l'égard du pupille *infans;* et il semble, en effet, que logiquement il n'y ait aucune raison de distinguer entre l'*infans* et le fou, s'il est vrai que l'un et l'autre, appréhendant matériellement une chose, soient comparables à l'homme endormi dans les mains duquel on la placerait; or, à coup sûr, cet homme ne posséderait pas (L. 1 § 3, *De acq. poss.*). Cependant la jurisprudence finit par admettre, probablement sous l'influence de Papinien, que l'*infans* autorisé de son tuteur pourrait acquérir la possession, et voici sans doute par quel raisonnement on aboutit à cette doctrine : il était reçu depuis longtemps, comme on le verra bientôt (n° 215), que le tuteur pouvait acquérir la possession à son

(1) Trébatius et Sabinus, c'est Paul qui nous l'apprend (L. 3 § 5, *De acq. vel amitt. poss.*), avaient admis qu'en cas de précaire le précariste et le concédant possédaient l'un et l'autre, et cette doctrine se retrouve dans un texte de Pomponius (L. 15 § 4, *De prec.*). En décidant ainsi, ces jurisconsultes ne faisaient qu'appliquer une idée plus générale d'après laquelle deux possessions, l'une vicieuse, c'est-à-dire entachée de précarité, de violence ou de clandestinité, et l'autre non vicieuse, auraient pu coexister à l'égard d'une même chose. Mais Paul, dont l'opinion paraît bien avoir prévalu, reconnaît, à l'exemple de Labéon, le caractère absolu de la règle qui déclare impossible la coexistence sur le même objet de deux possessions *in solidum* (n° 213 *in fine*). Quelle était la portée pratique de cette divergence? C'est que dans la première opinion, le précariste et le concédant pouvaient tous les deux exercer contre les tiers les interdits *retinendæ possessionis*, tandis que la seconde opinion les réservait au précariste seul.

(2) Cette règle conduirait à décider que deux copropriétaires ignorant la quotité de leur droit respectif ne possèdent pas le fonds commun, quoiqu'ils le détiennent ensemble. Mais Pomponius et Labéon ne voient là qu'un abus de logique et une pure subtilité (L. 32 § 2, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3).

pupille sans que celui-ci intervînt : dès lors le tuteur venant autoriser une prise de possession matérielle par l'*infans*, ne devait-on pas dire que par cela même il s'appropriait l'acte entier, et que cet acte ne pouvait avoir moins de valeur que s'il eût été fait par lui seul (L. 32 § 2, *De acq. vel amitt. poss.*) (1)? Mais la jurisprudence est-elle allée plus loin? A-t-elle fini par reconnaître à l'*infans* une capacité suffisante pour acquérir la possession par une simple appréhension corporelle et sans aucune intervention du tuteur? Je ne le pense pas, quoique tel soit le sens apparent d'une constitution de l'empereur Décius (L. 3, C., *De acq. poss.*, VII, 32) (2).

215. Jusqu'à présent j'ai supposé que le *corpus* et l'*animus* se réalisent l'un et l'autre en la personne même de celui qui acquiert la possession. Mais cela est-il absolument nécessaire, et ne pouvons-nous pas devenir possesseurs en empruntant soit le *corpus*, soit l'*animus* d'un tiers? Paul (V, 2 § 1) distingue : nous pouvons, dit-il, emprunter le *corpus* d'autrui, mais il faut que l'*animus* nous soit personnel. Que je puisse acquérir la possession *corpore alieno*, cela signifie que si, par mon ordre ou à mon su, une personne agissant en mon nom appréhende physiquement une chose, c'est comme si je l'eusse appréhendée moi-même. Que je ne puisse acquérir la possession *animo alieno*, cela veut dire que vainement une personne appréhende matériellement une chose en mon nom, mais à mon insu, que vainement même elle l'appréhende par mon ordre si j'ignore le fait de l'appréhension : je ne possède pas, puisque étant nanti moi-même de la chose sans le savoir, je ne possé-

(1) Ce texte est ordinairement placé sous le nom de Paul; mais j'incline à croire qu'il appartient plutôt à Papinien. Quelques manuscrits, en effet, le présentent comme tiré du livre XI des *Responsa* de ce jurisconsulte, et cette indication sera confirmée par les observations contenues à la note suivante.

(2) Ce texte porte, il est vrai, que l'*infans* recevant la tradition matérielle d'une chose donnée en devient par cela même possesseur. Mais quel est le motif allégué? Décider autrement, c'est-à-dire prendre en considération le défaut d'*animus* chez l'*infans*, cela conduirait à nier même que le tuteur pût seul lui acquérir la possession; car où le tuteur agit seul, l'*animus* du pupille n'est pour rien. Il est bien clair que ce motif n'a de valeur sérieuse qu'autant qu'on suppose l'intervention du tuteur, et alors le texte signifie ceci : il n'est pas nécessaire que l'élément corporel de la possession se réalise en la personne du tuteur; l'appréhension par le pupille suffit, du moment que l'*animus* existe chez le tuteur. Que telle soit la pensée du rescrit, cela est d'autant plus probable que l'empereur déclare emprunter son motif à une réponse de Papinien et que précisément ce motif est celui qu'allègue la loi 32 § 2, *De acq. poss.* pour admettre l'acquisition de la possession au profit de l'*infans* autorisé. Le texte sous-entend donc la présence du tuteur. Et, en effet, une constitution bien postérieure à celle de Décius (L. 26, C., *de donat.*, VIII, 54) suppose encore que l'*infans* ne peut pas acquérir seul la possession.

derais pas non plus. Je ne posséderai que lorsqu'au fait d'autrui se joindra ma propre volonté.

Il fut, je pense, admis de tout temps que la possession peut s'acquérir *corpore alieno*. Quant à la nécessité d'un *animus* personnel, trois exceptions commandées par des motifs d'utilité pratique y furent apportées : 1° le mandataire qui entre en possession par ordre du mandant et en exécution de son mandat le rend possesseur (Inst., § 5, *Per quas pers. nob. acq.*, II, 9). La dérogation au droit commun consiste ici à réputer le mandant possesseur avant qu'il ait connu l'appréhension de la chose par le mandataire (n° 300); 2° les personnes investies d'un pouvoir légal à l'effet d'administrer les affaires d'autrui rendent possesseur celui au nom de qui elles agissent. Par application de cette idée, les cités acquièrent la possession par leurs administrateurs, les personnes en tutelle ou en curatelle par leurs tuteurs ou curateurs (L. 1 § 20, *De acq. vel amitt. poss.*). Ici l'on met complétement de côté la nécessité d'un *animus* personnel; il le fallait absolument pour les cités, pour les *infantes* et pour les fous, à moins de leur interdire la possession. Quant aux pupilles sortis de l'*infantia* et aux prodigues, la dérogation au droit commun était moins rigoureusement nécessaire, mais elle offre cette utilité que le tuteur ou le curateur n'est pas soumis à l'obligation gênante de les faire sans cesse intervenir; 3° les personnes placées en notre puissance, lorsqu'elles se trouvent à la tête d'un pécule, nous acquièrent la possession même à notre insu, toutes les fois qu'elles appréhendent une chose *ex causa peculiari*, c'est-à-dire en vertu d'une cause qui se rattache à l'administration du pécule (L. 1 § 5, *De acq. vel amitt. poss.*). Ici l'on déroge d'abord à la nécessité d'un *animus* spécial existant au moment précis de l'acquisition. Mais la dérogation se borne-t-elle là? Consiste-t-elle simplement, comme le texte précité donnerait à le croire, en ce qu'ayant constitué le pécule nous avons par cela même manifesté une volonté générale de posséder *ex causa peculiari*, et que cette volonté est réputée suffisante? Non, d'autres textes vont plus loin et déclarent que nous empruntons réellement l'*animus* de notre esclave ou de notre fils de famille (L. 3 § 12, *De acq. vel amitt. poss.*). Et là est la vérité; la preuve en est qu'un père de famille, fût-il fou ou captif, acquiert néanmoins la possession *ex causa peculiari* par son fils ou par son esclave, et pourtant il n'a plus aucun *animus* dont la loi puisse tenir compte (L. 44 § 7, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3). La preuve en est encore que les cités absolument dépourvues d'*animus*, et l'*infans* qui n'a pas lui-même constitué le pécule, deviennent néan-

moins possesseurs par leurs esclaves, lorsque ceux-ci entrent en possession *ex causa peculiari* (L. 1 § 22, *De acq. vel amitt. poss.*). Le motif de cette remarquable dérogation au droit commun nous est donné par Papinien (L. 44 § 1, *De acq. vel. amitt. poss.*) : c'est qu'on ne pouvait pas raisonnablement exiger du père ou du maître qu'à chaque instant il s'enquît de la consistance du pécule, examinant tout ce qui y entre et tout ce qui en sort.

III. — COMMENT LA POSSESSION SE CONSERVE OU SE PERD.

Lib. IV, tit. XV, *De interdictis*, § 5.— Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed et si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur; et hoc est quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque retineri possessionem placet, id est ut, quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen si non derelinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus, inde discesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus; nec ulla dubitatio est quin animo solo adipisci possessionem nemo possit (Gaius, IV, § 153).

Est réputé posséder non-seulement celui qui détient la chose par lui-même, mais encore celui qui la détient par l'intermédiaire d'un tiers même non soumis à sa puissance, comme un fermier ou un locataire. Pareillement, on possède par un dépositaire ou un commodataire, et c'est là ce que l'on signifie en disant que nous pouvons retenir la possession par toute personne qui est en possession en notre nom. Bien plus, on admet que la possession se conserve par la seule intention, c'est-à-dire que, quoique le possesseur ne détienne ni par lui-même ni par un tiers, cependant, s'il s'est éloigné de la chose pour y revenir, et non pas dans l'intention de l'abandonner, il est réputé conserver la possession. Quant aux personnes par lesquelles on peut acquérir la possession, nous les avons fait connaître au second livre; et il n'est pas douteux qu'elle ne s'acquiert jamais par l'intention seule.

216. De la nature même de la possession, deux règles se déduisent (1) :

(1) Ces règles sont inapplicables en ce qui concerne la conservation et la perte du droit de propriété (L. 13 pr.; L. 17 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*).

Première règle. — La possession se conserve par le maintien simultané de l'*animus* et du *corpus*. Toutefois ces deux éléments ne s'entendent pas ici selon l'exacte rigueur des principes précédemment posés, et deux observations vont montrer que la possession se conserve plus facilement qu'elle ne s'acquiert : 2° quant à l'*animus*, ce qu'on demande, ce n'est pas précisément qu'il persiste, mais plutôt qu'il ne soit pas abdiqué, d'où la conséquence que le fou et l'*infans* retiennent sans difficulté la possession qu'ils seraient incapables d'acquérir par eux-mêmes (L. 27, *De acq. poss.*) ; ils la retiennent sans en avoir conscience, par cela seul que l'*animus domini* n'a pas été et n'a pas pu être remplacé en eux par un *animus* contraire ; 2° quant au *corpus*, on entend plus largement ici la faculté de l'emprunter à autrui. Soit par exemple un captif de retour et jouissant du bénéfice du *postliminium ;* sans doute on ne le répute pas avoir possédé dans le passé les choses dont ses esclaves ne seraient entrés en possession que pendant sa captivité et pour une cause étrangère au pécule (L. 44 § 7, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3), cela parce que le *postliminium* ne peut pas faire que dans la réalité il ait eu la disposition physique de ces choses. Mais à l'inverse, on le répute avoir conservé la possession des choses que ses esclaves détenaient pour une cause quelconque antérieurement à sa captivité (L. 12 § 2, *De capt.*, XLIX, 15), et pourtant n'est-il pas clair que le même obstacle l'empêchait d'en user ? Dans le même ordre d'idées, la personne dont l'existence est incertaine conserve par l'intermédiaire d'un tiers quelconque la possession qui lui était acquise avant sa disparition, et néanmoins il est bien impossible de lui reconnaître la faculté physique de disposer.

Seconde règle. — La possession se perd par la disparition, soit de l'*animus*, soit du *corpus*, et à plus forte raison par la disparition de l'un et de l'autre (1).

Il y a disparition de l'*animus* seul dans le cas rare et fort peu pra-

(1) Un fragment de Paul, deux fois inséré au Digeste (L. 8, *De acq. poss.* — L. 153, *De reg. jur.*, L, 17), porte que de même que la possession s'acquiert par la réunion du *corpus* et de l'*animus*, de même elle se perd lorsque *utrumque in contrarium actum est*, ce qui semble exiger pour la perte de la possession la disparition et du *corpus* et de l'*animus*. Ainsi entendu, ce texte serait en contradiction avec une foule d'autres et avec la notion même de la possession. Aussi a-t-on fait observer depuis longtemps qu'il faut ici traduire *utrumque* par *l'un ou l'autre*, traduction doublement autorisée, soit par l'habitude qu'ont les Latins de faire fonctionner l'une pour l'autre les particules *que* et *ve*, soit par un emploi semblable du mot dans deux autres textes dont l'un appartient à Paul lui-même (L. 76 pr., *De acq. vel amitt. hered.*, XXIX, 2. — L. 10 § 13, *De grad.*, XXXVIII, 10).

tique où le possesseur, sans se dessaisir matériellement de la chose, renonce à se comporter en maître (L. 3 § 6; L. 17 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*).

Il y a disparition du *corpus* seul dans les quatre hypothèses qui suivent : 1° un cas fortuit, sans détruire la chose, sans lui ôter son individualité, m'en enlève la disposition. Par exemple, un objet mobilier se perd dans la mer, ou bien un fonds est envahi par les eaux d'une manière définitive (L. 3 § 17; L. 13 pr., *De acq. poss.*); 2° un animal sauvage ou un esclave (1) s'enfuit (Inst., § 12, *De div. rer.*, II, 1. — L. 17 § 3, *De furt.*, XLVII, 2); 3° un tiers appréhende la chose *animo domini* sans le fait ni le consentement du possesseur actuel (L. 3 § 9, *De acq. poss.*); mais ici la possession n'est réputée perdue qu'autant qu'elle ne peut être recouvrée par la voie des interdits (L. 17 pr., *De acq. poss.*); 4° une personne qui possédait par elle-même tombe aux mains des ennemis, puis s'échappe. Il est certain qu'elle a perdu la possession et que le *postliminium* ne la lui rend pas (L. 23 § 1, *De acq. poss.*). Si, en effet, ce bénéfice efface l'incapacité du captif, par conséquent valide rétroactivement son *animus domini*, il ne saurait de même effacer le fait matériel de la détention perdue. La vérité juridique est donc bien que le captif n'a cessé de posséder que parce que le *corpus* lui a fait défaut.

Enfin, il y a tout ensemble perte du *corpus* et de l'*animus* dans les quatre hypothèses suivantes : 1° la chose est matériellement détruite : ici le *corpus* devient impossible, et l'*animus* ne serait qu'un non-sens; 2° le possesseur fait prisonnier meurt chez l'ennemi ou revient sans jouir du *postliminium*. Ici l'*animus* qu'il a pu conserver durant sa captivité reste en droit ce qu'il a été en fait, un *animus* d'esclave, et par conséquent la perte de la possession s'explique tout à la fois par le défaut d'*animus* et par le défaut de *corpus;* 3° la chose a été l'objet d'une *derelictio*, et j'entends par là l'abandon de la détention physique, joint à l'abdication de l'*animus domini* (2); 4° le possesseur, voulant

(1) L'ex-possesseur de l'esclave fugitif continue néanmoins de l'usucaper, tant que nulle autre personne ne l'a appréhendé (L. 1 § 14, *De acq. poss.*). Quant aux animaux sauvages, par cela même qu'ils ont l'habitude d'aller et de revenir, on les considère comme restant en notre possession, quoique momentanément éloignés (L. 3 § 16, *De acq. poss.*).

(2) Il ne faut pas confondre la *derelictio* avec la simple abdication de l'*animus domini*. Ce qui le prouve, c'est que, possédant seul, je puis bien abdiquer l'*animus domini* pour une part indivise seulement, tandis que la *derelictio* n'est possible, en pareille hypothèse, que pour le tout (L. 3, *Pro derel.*, XLI, 7).

aliéner, livre la chose à un tiers qui de son côté veut acquérir (L. 3 § 6, *De acq. vel amitt. poss.*) (1).

Reste à faire observer que toute personne perd la possession en perdant le *factum*, tandis qu'au contraire l'abdication de l'*animus domini* n'a de valeur légale qu'autant qu'elle émane d'une personne capable de faire sa condition pire. Aussi décide-t-on que le pupille, même sorti de l'*infantia*, manifeste vainement, s'il n'est pas autorisé par son tuteur, l'intention de ne plus posséder (L. 29, *De acq. poss.*).

217. A la longue, et pour des raisons d'utilité pratique, les deux règles précédentes reçurent deux exceptions qui diminuèrent de beaucoup l'importance primitivement attachée au maintien du *corpus* pour la conservation de la possession. Ces deux exceptions, dont la première concerne les immeubles et les esclaves, la seconde les immeubles seulement, s'appliquent dans des hypothèses tout à fait distinctes :

1° Il faut supposer mon immeuble détenu par un esclave, par un fermier, ou par toute autre personne qui me prête son *corpus*. Si cette personne déserte purement et simplement l'immeuble ou meurt, il est évident que, dès à présent, le *corpus* me manquant, les principes généraux voudraient que ma possession fût perdue. Mais cette décision me mettrait à la merci du caprice d'autrui ou d'un cas fortuit, et cela dans une situation où il est naturel que je ne surveille pas très-attentivement ma chose, puisqu'un tiers s'est chargé de ce soin. Aussi admet-on que, par la seule vertu de mon *animus*, je resterai possesseur tant que nul autre n'aura occupé l'immeuble. Mais le seul fait de cette occupation m'ôterait immédiatement la possession, même à mon insu (L. 31, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 25 § 1 ; L. 40 § 1, *De acq. poss.*) (2).

(1) Si la possession ne peut pas être acquise à la personne à qui j'ai entendu la transférer, si par exemple cette personne est folle, ou si elle se trompe sur l'individualité de l'objet livré, aurai-je perdu la possession? Certains jurisconsultes, entre autres Celsus (L. 18 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*), décidaient affirmativement, se fondant sur ce que le *tradens*, pour avoir manqué son but, n'avait pas moins manifesté l'intention de se dessaisir. D'autres, comme Ulpien (L. 34 pr., *De acq vel amitt. poss.*), pensaient avec plus de raison que le *tradens* n'avait pas pu avoir la volonté pure et simple de perdre la possession, qu'il avait entendu ou la transférer ou la conserver, et qu'en conséquence, n'ayant rien transféré, il n'avait rien perdu.

(2) Dans la loi 40 § 1, 2e phrase, je lis avec plusieurs manuscrits *idem* au lieu de *aliud*. On remarquera que la loi 25 § 1 assimile à la mort ou à la désertion du fermier le cas où il louerait lui-même à une autre personne. Et sans nul doute on ne doit pas distinguer si, en faisant cette location, il entend seulement exercer son droit de sous-louer ou s'il se présente comme propriétaire. Même en ce dernier cas, il ne devient pas possesseur, et cela à raison de l'obstacle qu'il rencontre dans la règle : *Nemo sibi ipse potest mutare causam possessionis.*

Se demandera-t-on pourquoi cette décision fut en principe restreinte aux immeubles? La raison en est qu'un immeuble ne se déplace pas, donc peut être considéré comme restant à ma disposition par cela même qu'il est inoccupé et que je garde l'*animus domini*, tandis que ce point de vue manquerait absolument de vérité pratique à l'égard d'un meuble que souvent je ne saurais où prendre. Toutefois cette raison de distinguer ne s'applique pas aux esclaves : meubles pensants, leur volonté neutralise l'acte du détenteur qui les délaisse, et, en conséquence, par cela seul qu'ils conservent l'esprit de retour, ils me conservent aussi la possession d'eux-mêmes (L. 3 § 13 ; L. 47, *De acq. poss.*). Le lien moral qui les attache au maître n'a donc pas moins de puissance que la fixité de situation d'un immeuble, et la loi est forcée d'oublier ici qu'elle ne leur reconnaît pas de personnalité (1).

2° Il faut supposer que le possesseur ou son représentant s'absente pour un temps plus ou moins long, avec l'intention de revenir. Si un tiers profite de cette absence pour s'emparer du fonds, le possesseur n'aura-t-il d'autre ressource que l'action en revendication ou la publicienne? Cette décision, conforme à la rigueur des principes, eût été particulièrement dangereuse à l'égard d'une classe d'immeubles fort nombreuse en Italie : je parle des *saltus æstivi aut hiberni*, pâturages où les propriétaires ne pouvaient envoyer ou conduire leurs troupeaux que pendant une seule saison. Fallait-il que, partis à la fin d'un été ou d'un hiver et revenant l'année suivante à l'ouverture de la même saison, ils se vissent dépossédés par un usurpateur plus pressé qu'eux? On ne l'admit pas, et on décida que la possession des *saltus æstivi aut hiberni* ne serait perdue que lorsque le possesseur, instruit de cette occupation étrangère, l'aurait consacrée par son inaction, ou qu'ayant essayé de reprendre l'immeuble, il aurait été repoussé par la force ou aurait cédé à la crainte. Cette exception au droit commun était tellement sage, tellement nécessaire, qu'elle devait être étendue à tous les immeubles, et elle le fut : car il n'y a point de possesseur qui ne s'absente quelquefois, ne fût-ce que pour quelques heures. Dès le premier siècle de notre ère, c'est Ulpien qui l'atteste (L. 1 § 45, *De vi*, XLIII,

(1) La doctrine que je viens d'exposer paraît avoir été étendue par Justinien, et cela à un double point de vue : d'abord, il ne distingue plus entre les meubles et les immeubles ; dans tous les cas, le propriétaire conserve la possession nonobstant la désertion du tiers qui détenait en son nom. En second lieu, la tradition faite par ce tiers contrairement à la volonté du maître ne transfère plus la possession (L. 12 pr., C., *De acq. et ret. poss.*).

16), Proculus faisait cette généralisation, et plusieurs textes prouvent qu'elle fut acceptée (L. 3 §§ 7 et 8; L. 25 § 1, *De acq. poss.*). Que si pourtant d'autres textes (L. 3 § 11; L. 44 § 2; LL. 45 et 46, *De acq. poss.*) ne se réfèrent expressément, tout en se plaçant dans la doctrine définitive, qu'aux *saltus æstivi aut hiberni*, on peut dire avec Proculus qu'ils les font intervenir *exempli causa;* plus exactement, leur langage doit être considéré comme un vestige et un souvenir du droit antérieur : l'exception, en élargissant sa portée, avait conservé sa primitive formule devenue trop étroite. Au surplus, il est certain que la doctrine qui vient d'être exposée rencontrait encore des résistances à l'époque de Gaius (IV, § 153), même en ce qui concerne les *saltus æstivi aut hiberni;* mais les Institutes (§ 5 *sup.*) la présentent comme régnant désormais sans contestation et avec la portée générale que lui assignait déjà Proculus (1).

IV. — DES CHOSES QUI COMPORTENT LA POSSESSION.

218. A un point de vue large, et si l'on considère que tous nos droits s'expriment pratiquement par des faits, que tous sont susceptibles d'exercice, il semble que l'on devrait admettre une possession correspondante à chacun d'eux (2). Mais ce serait dépasser la signification technique du mot. La véritable possession, celle qui a pour signe et pour conséquence le droit aux interdits, nous étant présentée comme l'exercice du droit de propriété seul, il s'ensuit qu'elle s'applique seulement aux choses susceptibles de propriété (*dominium* ou *proprietas*). Cette proposition contient implicitement les deux suivantes : 1° on ne possède pas les *res extra commercium;* je veux dire que celui qui, par exemple, détenant une chose sacrée ou une chose du domaine public, se comporterait en maître à son égard, n'aurait pas néanmoins et n'acquerrait jamais aucun des droits attachés à la

(1) Par les explications que je viens de donner, il est facile de comprendre que les textes emploient une formule qui dépasse leur pensée lorsqu'ils disent que la possession des immeubles se conserve *animo solo;* à plus forte raison, mon observation est-elle exacte, quand ils oublient de restreindre expressément cette formule aux immeubles (L. 4, C., *De acq. et ret. poss.*, VII, 32).

(2) Ce point de vue n'est pas tout à fait étranger aux Romains. Ils reconnaissent ce que nous appelons la possession d'état, et par exemple les textes parlent d'une *possessio libertatis* (L. 10, *De lib. caus.*, XL, 12) et d'une *possessio libertinitatis* (L. 14, *De probat.*, XXII, 3).

possession (L. 1 § 22; L. 30 § 1, *De acq. poss.*) (1); 2° on ne possède pas non plus les choses incorporelles, et cela alors même qu'elles sont *in commercio* (L. 3 pr., *De acq. poss.*). Cette seconde proposition, applicable aux servitudes tant réelles que personnelles, aux hérédités et aux créances, exige, sur chacun de ces trois points, quelques développements.

Quant aux servitudes, on a déjà vu (n° 206) et bientôt on verra plus amplement (n°s 264 et s.) qu'elles ont même nature, sinon même étendue que le droit de propriété, et que ce sont, à vrai dire, des droits de propriété partiels. Rien que de très-logique par conséquent à en reconnaître une véritable possession consistant à les exercer comme siennes; et c'est ce que l'instinct droit des premiers législateurs paraît avoir parfaitement saisi, puisqu'ils admettaient l'acquisition des servitudes réelles par voie d'usucapion (L. 4 § 29, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3). Comment donc s'écarta-t-on de ce point de vue si naturel? Ce fut sans doute lorsque, le droit cessant d'être une simple pratique pour devenir une science, on essaya de soumettre la possession à une analyse rationnelle. L'analyse des premiers jurisconsultes fut superficielle : ils furent dupes de cette distinction des *res corporales* et des *res incorporales*, qui aboutit, comme je l'ai montré, à qualifier choses corporelles les droits de propriété. Appelant *corpus* l'élément physique que la possession exige, il leur parut évident que cet élément ne saurait se réaliser à l'égard des choses qui n'ont pas de corps. Ils ne prirent pas garde que, si le droit de servitude est incorporel, le droit de propriété l'est tout autant; que la chose corporelle qui fait l'objet d'un droit de propriété ne cesse pas, en tant que soumise à un droit de servitude, d'être corporelle; et qu'enfin, si la chose se prête à des actes matériels correspondant au droit de propriété, elle se prête tout aussi bien à des actes de même nature correspondant au droit de servitude. Je cultive un fonds, j'en cueille les fruits, j'y passe, j'y puise de l'eau : en quoi donc ces actes changeraient-ils de caractère, parce qu'ils n'expriment, au lieu d'une prétention à la propriété, que la prétention plus modeste à un droit de servitude? Ces critiques n'échappèrent pas à la sagacité plus exercée des jurisconsultes classiques; et, dès le premier siècle de notre ère, le préteur, sans toucher au langage consacré, admit,

(1) On verra cependant (n° 290) que le fait de détenir de bonne foi un homme libre comme esclave n'est pas absolument dépourvu de conséquences (Inst., § 4, *Per quas pers.*, II, 9). Mais ce fait ne constitue pas une possession protégée par les interdits.

non pas une possession, mais une quasi-possession des servitudes (L. 23 § 2, *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6. — L. 10 pr., *Si servit. vind.*, VIII, 5). Toutefois cette quasi-possession était tellement identique à la possession des *res corporales* que parfois les textes l'appellent tout simplement possession (L. 3, *Si ususf. pet.* VII, 6), et qu'Ulpien va jusqu'à parler d'une *detentio servitutis* (L. 1 § 5, *De remiss.*, XLIII, 25). Ce n'est pas seulement dans le langage que se manifesta ce retour aux idées vraies, il se traduisit au fond par trois innovations importantes : 1° la vieille théorie du droit civil n'avait pas permis au préteur de protéger l'exercice des servitudes par des interdits possessoires, il finit par introduire des interdits utiles ou quasi-possessoires. Cette doctrine fut proposée dès l'époque de Labéon (L. 2 § 3, *Si serv. vind.*, VIII, 5), mais peut-être n'entra-t-elle que plus tard dans la pratique (L. 20, *De serv.* VIII, 1); 2° le droit civil excluait l'acquisition de toute espèce de servitudes par tradition, le préteur consacra à leur égard une quasi-tradition; 3° le droit civil excluait l'usucapion des servitudes, le préteur leur appliqua la *præscriptio longi temporis*, qui n'est guère autre chose à l'époque classique qu'une usucapion plus lente à accomplir (n°s 271 et 277). En résumé donc, pour qui ne s'attache ni aux mots ni aux formes de la procédure, la vérité est que dans le dernier état du droit classique la quasi-possession des servitudes est tout à fait assimilée à la possession des *res corporales*, si ce n'est qu'elle est impuissante à engendrer l'usucapion proprement dite. Sous Justinien, qui consomma la fusion entre le droit civil et le droit prétorien, cette différence s'effaça elle-même.

Quant aux hérédités, il est également certain qu'à l'origine elles purent être l'objet d'une possession véritable, et même d'une possession suffisante pour conduire à l'usucapion (Gaius, II, § 54). Mais plus tard on s'écarta de ce point de vue, sans doute parce que l'hérédité, envisagée comme conception abstraite, comme chose distincte des objets qu'elle comprend, n'a pas de *corpus*. Que si nombre de textes parlent d'une *possessio hereditatis*, il ne faut pas s'y tromper : c'est là une possession *sui generis* qui n'exige aucune détention matérielle et qui consiste uniquement à se croire héritier ou à se comporter comme tel (Gaius, IV, § 144). Aussi nul interdit ne protége-t-il celui qui la perd ou à qui elle est contestée. Et elle n'a d'autre effet que de rendre la pétition d'hérédité possible contre celui qui prétend ainsi exercer tout ou partie des droits compris dans une succession.

Enfin, en ce qui concerne les créances, sans doute elles peuvent

être comprises dans la *possessio hereditatis*, telle que je viens de l'expliquer. Mais par elles-mêmes elles ne font jamais l'objet d'aucune possession; et il est certain que le fait de se comporter en créancier, quand on ne l'est pas, n'entraîne aucune conséquence juridique.

V. — DE L'ACQUISITION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

Lib. II, tit. I, *De divisione rerum et qualitate*, § 11. — Singulorum autem hominum multis modis res fiunt : quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarumdam, jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere. Palam est autem vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia enim jura tunc esse cœperunt, quum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi cœperunt (Gaius, L. 1 pr., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

Mais les choses deviennent de plusieurs manières la propriété des particuliers : de quelques-unes, en effet, nous acquérons la propriété par le droit naturel, qui, comme nous l'avons dit, s'appelle droit des gens; de certaines autres, par le droit civil. Le mieux donc est de commencer par le droit le plus ancien. Or, évidemment, l'ancienneté appartient au droit naturel, créé par la nature en même temps que le genre humain. En effet, le droit civil n'a commencé à exister que lorsqu'on a fondé des cités, créé des magistrats et écrit des lois.

219. Nous acquérons la propriété ou à titre particulier, ou à titre universel (*per universitatem*). Dans le premier cas, l'acquisition a pour objet unique la propriété d'une ou de plusieurs choses individuellement déterminées (*res singulas*). Dans le second cas, c'est le patrimoine entier ou une quote-part du patrimoine d'une personne vivante ou morte qui vient se confondre dans le nôtre : nous devenons donc propriétaires, non-seulement de tel ou tel objet, mais de tous les objets qui appartenaient à cette personne. Mieux que cela, nous succédons à tous ses autres droits, soit droits réels, soit droits de créance, excepté ceux que leur nature ou l'arbitraire de la loi rendent intransmissibles. Réciproquement, les dettes de cette personne deviennent nôtres, tantôt absolument, tantôt dans la limite de son actif. Par où l'on voit que les modes d'acquérir *per universitatem* ne sont pas spéciaux à la propriété, et que leur étude, se confondant avec celle de

la transmission du patrimoine, ne saurait trouver ici sa place logique (1).

Ulpien (XIX § 2) compte six modes d'acquérir à titre particulier, savoir la mancipation, l'*in jure cessio*, la tradition, l'usucapion, l'adjudication et la loi. Ajoutons l'occupation, et nous aurons une énumération complète (2).

Ces sept modes, Gaius (L. 1 pr., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1) les partage en deux groupes : il y en a deux, l'occupation et la tradition, qui appartiennent au droit des gens, qui par conséquent sont accessibles à toutes personnes (Gaius, II, §§ 65 et 66). Les cinq autres sont du droit civil, c'est-à-dire que l'usage en est restreint aux citoyens romains, aux Latins et à ceux des pérégrins qui ont obtenu le *jus commercii* (Ulp., XIX § 4). Historiquement, les modes du droit des gens ont paru avant ceux du droit civil. Justinien remarque même (§ 11 *sup.*) qu'ils ont précédé la constitution des cités et l'organisation régulière des pouvoirs législatifs (3). Au surplus, cette classification perdit dès le IIIe siècle la haute importance qu'elle avait encore au temps de Gaius; elle la perdit lorsque, par l'extension du droit de cité à tous les sujets de l'empire, il n'y eut plus en dehors des Romains que des barbares avec qui nécessairement les relations juridiques étaient presque nulles.

A un point de vue tout différent, il faut distinguer l'occupation des six autres modes. L'occupation porte sur des choses qui n'appartiennent à personne : elle implique acquisition sans aliénation. Les six autres modes, au contraire, s'appliquant à des choses déjà appropriées, supposent qu'une personne cesse d'être propriétaire en même temps qu'une autre le devient : ils contiennent aliénation ou transmission. Logiquement et historiquement, l'occupation est antérieure à tous les autres

(1) C'est ce que Gaius et Justinien ont très-bien senti. Et voilà pourquoi sans doute, au lieu de mettre en relief cette distinction fondamentale, ils la dissimulent, pour ainsi dire, en ne la formulant qu'à titre de transition entre l'étude des droits réels et l'étude de la transmission du patrimoine (Gaius, II, § 97. — Inst., § 6, *Per quas person. nob. acq.*, II, 9).

(2) Parmi les modes d'acquérir la propriété, il y en a plusieurs qui s'appliquent aussi aux servitudes, soit réelles, soit personnelles. Mais pour le moment je ne les envisage que dans leur application au droit de propriété.

(3) Cette remarque contient l'aveu implicite de la supériorité du droit individuel sur le droit de la société. Justinien reconnaît donc que la propriété, bien loin d'être une création du législateur, s'impose à lui comme un fait naturel et nécessaire; et il condamne le principe absolument faux sur lequel les premiers Romains firent reposer la constitution de la propriété immobilière (n° 203).

modes d'acquérir : d'une part, en effet, la transmission d'un droit en implique la préexistence ; d'autre part, et en fait, quand on se demande comment la propriété commença, il est bien certain que ce fut le jour où pour la première fois un homme eut l'idée simple de faire servir à son profit exclusif quelques-unes des choses que la nature offre à tous sans les approprier à personne (L. 1 § 1, *De acq. poss.*). A ce double point de vue, l'occupation est très-exactement qualifiée mode originaire, et les six autres modes, modes dérivés. Et il ne faut pas croire que, la propriété une fois acquise, il soit indifférent de savoir si nous la devons à l'occupation ou à un mode dérivé. Dans le premier cas, en effet, nous ne succédons à personne, puisque notre acquisition porte sur une chose qui n'était pas encore un bien ; dans le second cas, au contraire, nous succédons à un précédent propriétaire, nous recueillons tout ce qu'il avait, mais rien de plus. D'où il suit que l'occupation nous donne nécessairement la propriété franche et libre, tandis que les modes dérivés ne nous la transmettent que sous la charge des droits réels qui pouvaient la restreindre entre les mains du précédent propriétaire (L. 67, *De contr. empt.*, XVIII, 1. — L. 20 § 1, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1. — L. 7, C., *De pign. et hyp.*, VIII, 14).

Les modes dérivés se subdivisent eux-mêmes en volontaires et non volontaires. Dans la première catégorie, il faut ranger la mancipation, l'*in jure cessio* et la tradition ; dans la seconde, l'usucapion, l'adjudication et la loi. Le sens de cette distinction est facile à saisir : manciper une chose, la céder *in jure*, la livrer, ce sont des actes dont l'accomplissement n'exige que des conditions qu'il dépend de nous de réaliser avec plus ou moins de facilité. Car ils ne sont que l'exécution d'une convention qui les précède ou les accompagne invariablement (L. 55, *De obl. et act.*, XLIV, 7) (1). Tout au contraire, l'usucapion, l'adjudication et la loi opèrent dans des circonstances jusqu'à un certain point indépendantes de notre volonté. Ainsi, l'usucapion repose sur une possession prolongée pendant un certain temps, l'adjudication suppose ordinairement l'état d'indivision, et la loi, dans sa principale application qui est le legs *per vindicationem*, implique le décès d'un testateur. Il est donc bien évident que ce ne sont pas là les modes usuels d'aliéner et d'acquérir, et que c'est à l'un des trois autres qu'il faut

(1) Mais il faut bien remarquer que jamais la convention ne suffit à opérer le transport ni de la propriété ni d'aucun droit réel reconnu par le *jus civile*. Son effet se borne à créer des obligations, et encore pour cela faut-il qu'il s'agisse d'une convention classée parmi les contrats (n° 490).

recourir toutes les fois qu'on veut réaliser une transmission immédiate.

Avant d'aborder l'explication successive des différents modes d'acquérir, il faut savoir que Justinien supprima la mancipation et l'*in jure cessio*, de sorte que dans sa législation il n'y a plus que cinq modes d'acquérir la propriété, dont quatre dérivés et parmi eux un seul volontaire, la tradition (1). Au surplus, l'auteur des Institutes adopte (§ 11 *sup.*) la classification de Gaius, celle qui distingue les modes du droit des gens et les modes du droit civil. Mais je suivrai de préférence celle qui consiste à séparer l'occupation ou mode originaire des modes dérivés : elle me paraît plus rationnelle, en ce qu'elle repose sur un fait indestructible, savoir la distinction entre les choses qui ont un maître et celles qui n'en ont pas (2).

DE L'OCCUPATION OU MODE ORIGINAIRE D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

Lib. II, tit. I, *De divisione rerum*, § 12. — Feræ igitur bestiæ, et volucres, et pisces, id est omnia animalia quæ mari, cœlo et terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt : quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest à domino, si is providerit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse

Donc les bêtes sauvages, ainsi que les oiseaux et les poissons, c'est-à-dire tous les animaux qui naissent dans la mer, dans l'air et sur la terre, aussitôt qu'ils ont été pris par quelqu'un, appartiennent au capteur d'après le droit des gens: car ce qui jusqu'à présent n'appartenait à personne , la raison naturelle veut qu'on l'attribue au premier occupant. Sans doute, si quelqu'un, pour faire la chasse aux bêtes fauves ou aux oiseaux, entre sur le fonds d'autrui, le propriétaire qui

(1) En conséquence de la suppression de la mancipation et de l'*in jure cessio*, il arrive souvent que, dans la reproduction des textes des jurisconsultes, les compilateurs du *Digeste* substituent le mot *tradere* aux mots *mancipare* ou *in jure cedere*. Il arrive aussi que, rencontrant l'une de ces deux expressions jointe à *tradere*, ils ne laissent subsister que ce dernier mot, ou qu'à la place de *in jure cedere* ils mettent simplement *cedere*.

(2) Sans doute, à mesure que les populations deviennent plus denses et plus fixes, le nombre des choses non appropriées diminue. En ce sens le progrès de la civilisation ôte à l'occupation beaucoup de sa primitive importance, et cela nous explique pourquoi Ulpien l'oublie dans son énumération des manières d'acquérir. Néanmoins, il y aura toujours des choses *nullius*, ne fût-ce que le gibier, le poisson et tous les animaux sauvages; et toujours aussi l'occupation restera le mode le plus ordinaire d'acquérir cette espèce de choses.

intelligitur, donec tua custodia coercetur; quum vero evaserit custodiam tuam, et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, quum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio (Gaius, L. 1 § 1; L. 3; L. 5 pr., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

l'aperçoit peut l'en empêcher. Mais tous les animaux sauvages que vous avez pu prendre vous appartiennent tant qu'ils sont sous votre garde; que s'ils vous échappent et recouvrent leur liberté naturelle, ils cessent d'être à vous, et appartiennent de nouveau au premier occupant. Or, ils sont réputés avoir recouvré leur liberté naturelle, soit qu'ils aient cessé d'être sous vos yeux, ou que, se trouvant encore en votre présence, ils soient difficiles à poursuivre.

§ 13. — Illud quæsitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit statim esse tuam, et eousque tuam videri donec eam persequaris; quod si desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere possunt ut eam non capias (Gaius, L. 5 § 1, *De acq. rer. domin.*).

On s'est demandé si l'animal sauvage que vous avez blessé de manière à pouvoir le prendre, vous appartient dès à présent. Quelques-uns ont admis qu'il est immédiatement vôtre, et qu'il est réputé tel tant que vous le poursuivez, mais que, si vous cessez la poursuite, dès lors il ne vous appartient plus et devient la propriété de qui s'en empare. D'autres ont pensé qu'il ne vous appartient que lorsque vous l'avez pris, et c'est cette dernière décision que nous consacrons, parce qu'il peut se présenter beaucoup de circonstances qui vous empêchent de le prendre.

§ 14. — Apium quoque natura fera est. Itaque quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres quæ in arbore tua nidum fecerint; ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, quilibet eximere potest. Plane, integra re, si provideris ingredientem fundum tuum,

Parmi les bêtes sauvages on compte les abeilles. Donc celles qui viendraient se poser sur votre arbre ne sont pas plus à vous, tant que vous ne les avez pas enfermées dans une ruche, que les oiseaux qui auraient niché sur votre arbre; et en conséquence, si un autre réussit à les enfermer, il en devient propriétaire. De même, toute personne peut s'emparer de leur miel.

poteris cum jure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus est persecutio : alioquin occupantis fit (Gaius, L. 5 §§ 2 à 4, *De acq. rer. domin.*).

Toutefois, les choses étant entières, si vous apercevez un individu qui entre sur votre fonds, vous pouvez l'en empêcher. Pareillement, l'essaim qui se serait envolé de votre ruche est réputé vôtre tant qu'il est sous vos yeux et que la poursuite n'en est pas difficile; autrement, il devient la propriété du premier occupant.

§ 15. — Pavonum quoque et columbarum fera natura est; nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent; nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habent; nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, quum revertendi consuetudinem deseruerint (Gaius, L. 5 § 5, *De acq. rer. domin.*).

Sont aussi bêtes sauvages les paons et les pigeons; et il n'importe qu'ils aient l'habitude de s'envoler et de revenir; car autant en font les abeilles, dont il est constant que la nature est sauvage. On voit aussi des cerfs tellement apprivoisés qu'ils s'en vont dans les bois et reviennent, et pourtant sans nul doute ce sont des animaux sauvages. A l'égard de tous les animaux qui ont l'habitude de s'en aller et de revenir, on tient pour règle qu'ils sont vôtres, tant qu'ils conservent l'esprit de retour; que s'ils le perdent, aussitôt ils cessent de vous appartenir et deviennent la propriété du premier occupant. Quant à l'esprit de retour, ils sont réputés ne plus l'avoir, lorsqu'ils ont perdu l'habitude de revenir.

§ 16. — Gallinarum autem et anserum non est fera natura; idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ quas feras vocamus, item alii anseres quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui aut gallinæ tuæ aliquo casu turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur, et qui lucrandi animo

Quant aux poules et aux oies, ce ne sont pas des animaux sauvages; et c'est ce que nous pouvons conclure de ce qu'il y a d'autres poules et d'autres oies que nous appelons sauvages. En conséquence, si vos oies ou vos poules, effrayées par quelque circonstance fortuite, s'envolent, bien qu'elles aient cessé d'être sous vos yeux, elles restent vôtres, en quelque lieu qu'elles se

ea animalia retinet, furtum committere intelligitur (Gaius, L. 5 § 6, *De acq. rer. domin.*).

trouvent, et celui qui les retient dans une intention de lucre est réputé commettre un vol.

§ 17. — Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt : adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur; qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad nos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt (Gaius, L. 5 § 7; L. 7 pr., *De acq. rer. domin.*).

De même, les choses que nous prenons aux ennemis nous appartiennent immédiatement d'après le droit des gens, à tel point que les hommes libres eux-mêmes deviennent nos esclaves; si pourtant ils échappent à notre pouvoir et retournent chez les leurs, ils recouvrent leur condition antérieure.

§ 18. — Item lapilli et gemmæ et cetera quæ in littore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt (Florentinus, L. 3. *De divis. rer.*, I, 8).

De même les pierres précieuses et les perles qu'on trouve sur le rivage appartiennent immédiatement à l'inventeur d'après le droit naturel.

§ 22. — Insula quæ in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit; nullius enim esse creditur (Gaius, L. 7 § 3. *De acq. rer. domin.*).

L'île qui naît dans la mer, phénomène rare, devient la propriété du premier occupant; car elle est réputée n'appartenir à personne.

220. Dans le sens le plus large, il y a occupation toutes les fois que spontanément et sans le fait ni la volonté d'autrui nous appréhendons *animo domini* un objet quelconque. Pour que cette prise de possession entraîne acquisition de la propriété, il faut qu'elle s'applique à une chose susceptible de propriété privée, mais actuellement non appropriée (1).

Justinien, sans prétendre tracer une énumération limitative qui serait aussi impossible que dépourvue d'intérêt, nous indique cinq espèces de choses comme s'acquérant par l'occupation. Ce sont : 1° les animaux sauvages pris à la chasse, à la pêche, ou autrement (§§ 12 à 16 *sup.*); 2° le butin que nous enlevons aux ennemis (§ 17 *sup.*); 3° les perles et pierres précieuses trouvées sur le rivage (§ 18 *sup.*); 4° l'île née dans la mer (§ 22 *sup.*) (2); 5° la portion du trésor que la loi laisse à l'inventeur (§ 39, *De divis. rer.*) (3).

(1) Cette règle est tellement absolue que, si je vais prendre, entre les mains et sans l'autorisation du propriétaire, une chose qui m'est due par lui, cette occupation ne me fait point acquérir la propriété; elle ne fonde même pas une possession de bonne foi (L. 5, *De acq. vel amitt. poss.*).

(2) Cette île ne saurait être tenue pour commune comme la mer, puisqu'elle n'a pas la même destination naturelle.

(3) La nature du trésor et l'ensemble des règles relatives à son acquisition seront expliqués plus loin (n° 249).

Quelques explications sont nécessaires relativement aux animaux sauvages et au butin. Sur les animaux sauvages, les longs développements de Justinien peuvent se ramener aux trois propositions suivantes : 1° l'animal sauvage m'appartient dès que, vivant ou mort, il est à ma disposition d'une manière certaine (1); 2° il n'y a pas à distinguer si la capture s'opère sur mon propre terrain ou sur le terrain d'autrui. Car les animaux qui passent sur un fonds ou même qui y vivent habituellement ne peuvent pas pour cela être considérés comme produits du fonds (2); 3° l'animal sauvage cesse de m'appartenir dès qu'il a recouvré sa liberté naturelle d'une manière définitive (3), soit par une fuite spontanée, soit même par le fait d'un tiers (4). Non-seulement il redevient *res nullius*, mais par une sorte de *postliminium*, il est réputé n'avoir jamais cessé de l'être (L. 14

(1) L'application de cette règle donne lieu à une difficulté dans l'hypothèse suivante : J'ai blessé un animal, mais je ne me suis pas encore emparé de lui. Est-il à moi dès à présent? Trébatius admet l'affirmative si l'animal est assez grièvement blessé pour ne pouvoir échapper au chasseur; d'où la conséquence que nul autre ne pourrait s'en emparer sans commettre un *furtum* (L. 3 § 1, *De acq. rer. dom.* XLI, 1). Malgré son apparence d'équité, cette opinion n'est guère acceptable : car comment savoir avec certitude si l'animal n'aurait pas réussi à se dérober aux poursuites du chasseur? Aussi Justinien décide-t-il, à l'exemple de la majorité des jurisconsultes, que l'acquisition de la possession, et partant de la propriété, ne s'opère qu'au moment même de la capture (§ 13 *sup.*).

(2) De ce que le propriétaire n'est pas autorisé à retenir ou à revendiquer les animaux sauvages qui ont été tués ou pris sur son fonds par un tiers, il ne faut pas conclure que la législation romaine consacre le droit de chasser ou de pêcher sur le fonds d'autrui. Le propriétaire peut interdire à qui il veut l'accès de sa propriété (§§ 12 et 14 *sup.*) et exercer contre le contrevenant l'action d'injures (L. 13 § 7; L. 23, *De inj.*, XLVII, 10). Il peut, en outre, même sans avoir signifié aucune prohibition, se faire indemniser par l'action de la loi Aquilia, s'il y a eu dommage causé.

(3) Je dis *d'une manière définitive*, parce que, selon la remarque de Justinien, (§ 15 *sup.*), l'animal qui, comme le cerf si gracieusement décrit par Virgile (*Æneid.*, VII, v. 483 et s.), a l'habitude de s'en aller et de revenir, demeure la propriété de son maître aussi longtemps qu'il conserve cette habitude. Celui qui s'en emparerait serait donc toujours tenu de la revendication, et, s'il avait agi en connaissance de cause, il serait voleur.

(4) Il y a ici une dérogation évidente à ce principe que la propriété une fois acquise est indépendante de la possession. Et la dérogation ne s'applique pas seulement aux animaux pris, mais aussi à leurs petits, à ceux qui n'ont jamais connu la liberté. Toutefois il faut éviter de dire d'une manière absolue que la propriété d'un animal sauvage soit perdue quand on perd la possession ; car si l'on me vole un ours ou un lion, j'en perds bien la possession, mais non la propriété. Il faut remarquer, au surplus, que lorsque l'animal sauvage s'échappe par le fait d'un tiers, j'ai contre ce tiers l'action de *dolo* s'il y a eu dol de sa part, sinon une action *in factum* (L. 55, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

pr., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1. — L. 6. pr., *De divis. rer.*, I, 8). Et de là suit que les droits d'hypothèque ou d'usufruit dont j'avais pu le grever ne revivront pas, quand même plus tard il retomberait entre mes mains, car il n'y rentrerait que comme propriété nouvelle.

Aucune de ces trois règles ne s'applique aux animaux domestiques, et de là l'attention de Justinien à les distinguer des animaux sauvages (§§ 14 à 16 *sup.*).

221. Quant aux choses prises sur l'ennemi, ce ne sont pas toutes choses prises à des étrangers; ce sont seulement, comme je l'ai déjà indiqué (n°s 37 et 49), celles que les Romains enlèvent ou à des barbares, même en temps de paix, ou à une nation reconnue qui a reçu d'eux ou leur a fait une déclaration de guerre régulière. En exprimant d'une manière un peu vague que ces choses deviennent nôtres (§ 17 *sup.*), les Institutes laissent indécise la question de savoir si c'est au peuple qu'elles appartiennent ou à l'individu même qui s'en empare. Et il faut dire, en dépit de quelques textes (L. 5 § 7; L. 51 § 1, *De acq. rer. dom.* — L. 1 § 1, *De acq. poss.*) qui paraissent consacrer sans distinction le droit du premier occupant, que ce droit forme l'exception, et non pas la règle. Et d'abord le droit du peuple sur les immeubles conquis n'est pas douteux (Cic., *pro Font.*, 3. — L. 20 § 1, *De capt.*, XLIX, 15. — L. 16, *De acq. rer. dom.* — N°s 203 et 207). Quant aux meubles eux-mêmes, il est impossible d'en admettre l'attribution au capteur, comme fait absolu ou même ordinaire, sans contredire tous les témoignages. En effet, nous avons la formule d'un serment par lequel, au moment de l'enrôlement, les soldats s'engageaient à remettre au consul tout ce qu'ils auraient pris ou trouvé, à l'exception de certains objets sans valeur (Aul.-Gell., XVI, 4). En outre, l'histoire nous montre souvent après la victoire les généraux distribuant une portion du butin à leurs soldats, tandis que la plus grande partie, les esclaves notamment, étaient vendus au profit du peuple par le ministère du questeur et plus tard du *præfectus prætorio* (Polyb., lib. X, 16 et 17 — Aul.-Gell., XIII, 24, n°s 26 et s. — Denys d'Hal., VII, 63; IV, 24) (1). Enfin la *lex Julia peculatus* punit avec sévérité tout détournement de butin (L. 13, *Ad leg. Jul. pecul.*, XLVIII, 13). Voilà des faits décisifs en faveur du droit du peuple; et pour qui nierait ce droit, comment comprendre que l'abondance des richesses trouvées en Macédoine eût

(1) Aulu-Gelle, dans le texte cité, constate que le butin en nature s'appelle *præda*, tandis qu'on appelle *manubiæ* l'argent que le trésor a réalisé par la vente de ce butin.

permis aux Romains, comme on l'a déjà vu (page 493, note 1), de supprimer l'impôt foncier en Italie? La difficulté se concentre donc tout entière sur l'interprétation des textes qui reconnaissent le droit du premier occupant, et on la résout d'une manière satisfaisante en distinguant les choses prises par une armée ou par un corps d'armée agissant régulièrement sous les ordres d'un chef, et celles que prennent des individus, soldats ou non, agissant spontanément et comme simples particuliers : les premières, et c'est la grande majorité, appartiennent au peuple; les secondes seules appartiennent au capteur.

Au surplus, que le butin devienne la propriété du peuple ou du capteur, c'est toujours par voie d'occupation qu'il est acquis. Et il ne faudrait pas dire qu'ici l'occupation dépasse sa portée ordinaire en nous faisant acquérir des choses qui ne sont pas *nullius*. La véritable pensée des Romains, c'est que le droit de propriété des ennemis ne compte pas, n'est qu'un fait sans valeur juridique, et Paul assimile sans hésitation le butin aux îles nées dans la mer ou aux objets trouvés sur le rivage (L. 1 § 1, *De acq. possess.*). D'où cette conséquence qu'il entre dans notre patrimoine, franc et libre de toutes charges; car nous ne sommes pas les successeurs de l'ennemi dépouillé : nous avons acquis, mais il ne nous a rien transmis (1).

J'ai dit précédemment que l'occupation appartient au *jus gentium*, ce qui signifie que les Romains eux-mêmes tiennent pour légitime la spoliation pratiquée sur eux par l'ennemi (2). Mais ici encore, comme à l'égard des animaux sauvages, on admet l'application du *postliminium* (L. 19 pr., *De capt.*, XLIX, 15), et de là les deux conséquences suivantes : 1° si la chose prise par l'ennemi revient au pouvoir des Romains, au lieu d'appartenir au peuple ou au premier occupant, elle retourne de plein droit à son ancien propriétaire (3) et reste soumise

(1) L'exactitude de ce point de vue ressort de deux textes : l'un considère le *fundus hostium* comme ne pouvant pas plus faire l'objet d'une stipulation qu'un homme libre ou un esclave mort (L. 103, *De verb. obl.*, XLV, 1). L'autre, supposant qu'un esclave promis vient à être fait prisonnier, nous dit que provisoirement l'obligation disparaît (L. 98 § 8, *De sol.*, XLVI, 3). Tout cela signifie bien que la propriété ennemie n'existe pas pour les Romains. Leur prendre une chose, c'est en quelque sorte la créer.

(2) Il est évident qu'ici le *jus gentium* ne s'accorde pas avec le *jus naturale* (page 17, note 1). Mais les premiers Romains soupçonnaient si peu cet antagonisme qu'à leurs yeux il n'y avait pas de propriété plus légitime que celle qui reposait sur la conquête (Gaius, IV, § 16).

(3) Cette proposition conduit à décider que la chose prise sur un Romain et rachetée par un autre Romain n'appartient pas au *redemptor*, mais qu'il peut seule-

à toutes les charges dont elle avait pu être grevée de son chef ou entre ses mains (L. 26, *Quib. mod. ususf. amitt.*, VII, 4. — L. 19 § 5; L. 20 § 1, *De capt.*) (1); 2° si la chose prise sur l'ennemi retombe en son pouvoir, puis vient à être reprise par les Romains, elle appartient, d'après les règles précédemment exposées, soit au peuple, soit au capteur; mais, en aucun cas, la revendication du précédent propriétaire romain ne saurait être admise, la chose n'étant plus juridiquement a même (2).

MODES DÉRIVÉS D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

DE LA MANCIPATION ET DE L'*in jure cessio*.

SOMMAIRE : I. Formes et application de la mancipation. — II. Formes et application de l'*in jure cessio*. — III. Observations communes à la mancipation et à l'*in jure cessio*.

I. — FORMES ET APPLICATION DE LA MANCIPATION.

222. La mancipation (3) est une vente fictive (*venditio imaginaria*)

ment l'usucaper, s'il a été de bonne foi. L'iniquité de cette conséquence provoqua une constitution impériale statuant que le *redemptor* serait dans tous les cas immédiatement propriétaire de la chose, mais que l'ex-propriétaire aurait une année pour lui rembourser le prix d'achat et recouvrer son droit. Passé l'année, une quasi-usucapion devait protéger absolument le *redemptor*. Sans doute, peut-on objecter, un propriétaire n'usucape pas sa propre chose; mais à cela il est facile de répondre que la constitution, en déclarant le *redemptor* propriétaire, a voulu améliorer sa position, et non pas lui retirer les avantages dont il jouissait déjà en vertu du droit commun (L. 12 §§ 7 et 8, *De capt.*, XLIX, 15). Bien que ces textes se placent tout spécialement dans l'hypothèse d'un esclave racheté, il est évident qu'ils s'appliquent par la force de leur motif à toutes choses mobilières. Au surplus, c'est à tort qu'on s'en est servi pour établir, ce que je crois vrai d'ailleurs, que les meubles *mancipi* sont traités comme *res nec mancipi* dans les rapports des Romains avec les pérégrins. L'argument ne saurait avoir aucune valeur, puisqu'il avait fallu une constitution spéciale pour que le *redemptor* pût immédiatement se dire *dominus*.

(1) Même pendant qu'elle est aux mains de l'ennemi, cette chose diffère d'une *res hostilis* proprement dite, en ce sens qu'elle peut faire l'objet d'une obligation subordonnée à cette condition tacite : *si elle vient à être reprise* (L. 9, *De leg.* 1°, XXX). Pareillement, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit en tenir compte (L. 22 § 5; L. 23, *Fam. erc.*, X, 2).

(2) A l'égard des vêtements et des armes perdus à la guerre, le *postliminium* n'est point admis. Car, dit-on, le soldat n'a pas pu les perdre honorablement (L. 2 § 2; L. 3, *De capt.*).

(3) Le mot *mancipatio* a dans la langue ancienne deux synonymes : *mancipium*, que l'on trouve dans les Douze Tables (Tab. VI § 1), et *emancipatio* (Cicer., *De finib.*, I, 7. — Pline le Jeune, *Epist.*, X, 3. — Aul.-Gell., XV, 27).

que Gaius (I, §§ 119 et 121) et Ulpien (XIX §§ 3 et 6) décrivent ainsi qu'il suit : Huit personnes y figurent, qui sont l'aliénateur (*mancipans*), l'acquéreur (*accipiens* ou *emptor*), un *libripens* (1), et cinq témoins. Toutes doivent être pubères et investies du droit de cité romaine. Seules les trois premières jouent un rôle actif, les témoins se bornant à regarder et à écouter (2). Le *libripens* tient à la main une balance de cuivre. Quant à l'acquéreur, touchant la chose, il prononce une formule (*certa verba*) par laquelle il affirme l'existence actuelle en sa personne du droit qu'il prétend acquérir ; par exemple, s'agit-il d'un esclave, il dit : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra*, puis il frappe la balance avec un lingot de cuivre qu'il remet à l'aliénateur, et que celui-ci reçoit en guise de prix ; mais aucunes paroles solennelles ne sont exigées de l'aliénateur lui-même ; car son silence accompagné de la réception de ce prix fictif, vaut adhésion à l'affirmation de l'acquéreur. J'ai dit avec Gaius (I, § 119) que l'*accipiens* touche la chose, ce qui en supposerait nécessairement la présence. Mais Gaius lui-même nous fait remarquer ensuite (I, § 121) que dans l'usage cette condition n'est pas observée à l'égard des immeubles, car elle imposerait aux parties des déplacements gênants et coûteux ; et de là résulte que plusieurs immeubles ensemble peuvent être l'objet d'une seule et même mancipation. Quant aux meubles, au contraire, leur présence est exigée avec une telle rigueur que la même mancipation n'en saurait comprendre plus que l'acquéreur n'en peut toucher à la fois (3).

(1) Dans l'*Epitome* des Institutes de Gaius, le *libripens* est appelé *antestatus* (*Epit. Gaii Inst.*, tit. VI).

(2) Est-ce à dire que la présence des témoins soit exigée uniquement pour assurer, en cas de contestation, la preuve de l'accomplissement régulier des solennités légales? C'est bien là leur seule utilité, si l'on n'envisage que le droit classique. Mais il est probable que dans l'esprit de l'institution primitive, ils représentent les cinq classes du peuple (Festus, v° *Nuncupata*), et c'est pourquoi on les appelle *classici testes* (Aul.-Gell., XV, 27 § 3). On ne veut pas que la propriété des choses les plus importantes se transfère sans l'intervention de l'autorité publique, et cette même pensée va se retrouver, encore plus nette et plus énergique, dans l'*in jure cessio*.

(3) Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer (n° 45), la capacité de figurer à un titre quelconque dans une mancipation s'appelle *commercium* ou *jus commercii*. Aussi Ulpien (XIX § 5) définit-il le *commercium jus emendi vendendique invicem*, se référant certainement à la mancipation ou vente imaginaire, comme cela ressort soit de l'occasion à propos de laquelle il donne cette définition, soit de ce fait certain que le contrat de vente appartient au *jus gentium* (Inst., § 2 *in fine*, *De jur. nat.*, I, 2).

A. Telle est la mancipation dans le droit classique; mais, plus que probablement, telle ne fut pas la mancipation primitive. J'estime que dans le principe cette solennité exigeait d'une manière absolue et la pesée du métal qui figurait le prix et la présence réelle de la chose mancipée, mobilière ou immobilière. Outre l'argument péremptoire, à mes yeux, que fournit l'étymologie des mots *libripens* (*libra pendere*) et *mancipatio* (*manu capere*), cette conjecture s'appuie sur des raisons logiques d'une grande puissance. Et d'abord, quoi de plus naturel que la pesée du métal, puisque l'on feint ici une vente accompagnée d'un payement immédiat (1), et que dans le principe, ainsi que l'atteste Gaius (I, § 122), les Romains pesaient leurs monnaies au lieu de les compter (2)? Et puis, cette pesée ne rend-elle pas beaucoup plus sérieux et plus intelligible le rôle du *libripens* qui, dans le dernier état des choses, n'est plus qu'un sixième témoin assez inutile, pour ne pas dire ridicule? Quant à la nécessité de la présence réelle de la chose, elle résulte avec évidence de la formule que l'acquéreur prononce, formule identique dans la première partie à celle de la revendication sous le système des *legis actiones* (Gaius, IV, § 16) (3); or j'expliquerai plus tard que cette revendication primitive supposait essentiellement les parties en présence de la chose revendiquée. Une

(1) Il serait, je pense, téméraire et faux d'admettre que ce qui est fiction à l'époque classique ait été réalité au début, et de croire en conséquence que la mancipation commença par être toujours une vente réelle et même une vente au comptant. Je ne vois ici qu'une de ces fictions comme les aiment les législations primitives, comme les aima surtout la législation romaine, et je suis convaincu que de tout temps la mancipation put être employée pour l'exécution de toutes conventions tendant à une translation de propriété, non-seulement pour l'exécution des ventes à terme, mais même pour celle des conventions qui, comme l'échange ou la donation, n'impliquent pas de prix proprement dit ou même excluent l'idée d'un équivalent fourni ou à fournir.

(2) Gaius, dans le texte que je cite, constate que les premiers Romains n'avaient que des monnaies de bronze, que chaque pièce pesait une livre et s'appelait *as*. Servius Tullius voulut que chaque *as* portât d'un côté l'effigie d'une brebis. Beaucoup plus tard, à l'époque de la seconde guerre punique, on introduisit des *as* pesant la moitié, le quart, le sixième d'une livre (*asses semisses*, *quadrantes*, *sextantarii*), puis des *as* de deux livres (*asses dupondii*). A la même époque, il fut réglé que chaque pièce représenterait d'un côté la double figure de Janus, de l'autre un rostre de navire (Pline, *Hist. nat.*, XXXIII, cap. 3. — Festus, v° *Sextantarii*). Au surplus, si, dans les sociétés civilisées, comme le remarque Gaius, on compte les monnaies au lieu de les peser, ce n'est là qu'une apparence : car à chaque dénomination correspond un poids déterminé. Il y a donc simplification plutôt que changement de système, et au fond c'est toujours au poids que l'on s'attache.

(3) Il faut se garder de conclure de là que la mancipation soit une fiction de revendication; car elle s'accomplit en dehors de la présence du magistrat.

comparaison attentive des textes de Gaius (I, §§ 119 et 121) suffit d'ailleurs pour montrer qu'il pose d'abord une règle générale faite pour les immeubles comme pour les meubles, et que, si cette règle ne s'applique plus de son temps aux immeubles, c'est seulement par suite d'une jurisprudence qui avait sacrifié la stricte légalité aux exigences de la pratique (1).

La mancipation, on le sait déjà (n° 196), ne s'applique pas à toute espèce de choses, mais seulement aux *res mancipi* (Ulp., XIX § 3) (2). Donc sans nul doute, Cicéron d'ailleurs le constate expressément (*Topic.*, 10), la mancipation d'une *res nec mancipi* resterait dénuée d'effet. D'autre part, il n'est pas moins certain que la propriété d'une *res mancipi* s'acquiert par la mancipation indépendamment de toute tradition (Gaius, II, § 204; IV, § 131) (3).

II. — FORMES ET APPLICATION DE L'*in jure cessio*.

223. Comme l'affranchissement *vindicta*, l'*in jure cessio* se présente sous la forme d'un procès fictif. Image de la revendication telle qu'on la pratiqua sous le système des *legis actiones*, elle se fait nécessairement devant le magistrat (4), et c'est pour cela que Gaius (II, § 24) l'appelle *legis actio*, expression générique employée pour désigner toutes les anciennes procédures qui s'accomplissaient avec des rites solennels et en présence du magistrat. Seulement, par cela même qu'elle exclut l'idée d'un véritable litige, elle appartient à la juridiction gracieuse, et de là nombre de conséquences déjà signalées à propos de l'affranchissement *vindicta* et de l'adoption (n°s 54 et 104). Pour comprendre la logique réelle de ce procédé en apparence bizarre, il faut

(1) La mancipation n'est qu'une forme spéciale du *nexum*. On appelle ainsi toute solennité civile qui implique l'intervention de l'*æs et libra* (Festus, v° *Nexum*). On verra plus tard que primitivement le *nexum* s'employait aussi pour faire naître ou pour éteindre des obligations (Gaius, III, §§ 173 et 174).

(2) Outre son application en matière d'aliénation de la propriété, la mancipation servait encore à constituer les servitudes rurales qui, comme on l'a vu (n° 196), étaient *res mancipi*. On sait aussi (n°s 120 à 122) qu'elle créait ou transférait les puissances appelées *mancipium* et *manus;* et l'on verra qu'elle fut longtemps employée pour tester (n° 321).

(3) Mais il est évident qu'une fois la mancipation faite, la tradition ne peut être refusée; car l'aliénateur n'est plus qu'un simple détenteur de la chose d'autrui. Même observation sur l'*in jure cessio*.

(4) Tel est le sens consacré des mots *in jure*. Prise dans son ensemble, l'expression *in jure cessio* signifie donc *abandon fait devant le magistrat*.

savoir que dans tout procès les aveux faits par une partie devant le magistrat sont tenus pour vrais et revêtent l'autorité de la chose jugée (1). C'est grâce à ce principe, dont l'*in jure cessio* n'est qu'une émanation, qu'on put adapter les formes de la *legis actio* au transport de la propriété (2). De même que dans l'action en revendication, trois personnes sont ici présentes, l'acquéreur jouant le rôle de demandeur, le propriétaire aliénateur qui figure un défendeur, enfin le magistrat appelé à connaître de ce litige simulé. L'acquéreur, mettant la main sur la chose, affirme solennellement son droit de propriété et prononce cette formule : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio.* Si le procès était sérieux, le défendeur répondrait par une contre-revendication, c'est-à-dire qu'à son tour, par une formule semblable, il se prétendrait propriétaire, et le magistrat renverrait les deux parties devant le juge. Rien de pareil ici. Mais sur l'interpellation du magistrat qui lui demande s'il ne revendique pas aussi, l'aliénateur garde le silence ou répond négativement. De cet aveu exprès ou tacite se dégage la conclusion que le revendiquant est bien propriétaire, et cette conclusion, consacrée par une *addictio* ou déclaration conforme du magistrat (3), devient une vé-

(1) De là la règle : *Confessus in jure pro judicato habetur.*

(2) On retrouve bien ici le primitif esprit du droit romain : prédominance de la forme sur le fond, détermination rigoureuse du nombre et du rite des actes juridiques, et par suite efforts ingénieux pour les plier aux buts les plus divers et les plus éloignés de leur destination primitive. Et ce qu'il y a de très-remarquable, c'est que fort souvent ces formes subsistaient dans leurs applications dérivées après avoir perdu leur application originaire. C'est ainsi qu'à l'époque classique la procédure des *legis actiones*, depuis longtemps bannie des affaires contentieuses pour lesquelles elle avait été créée, se conservait encore dans la vindicte, dans l'adoption et dans l'*in jure cessio.*

(3) Festus (v° *addicere*) présente le mot *addicere* comme ayant deux sens différents. D'abord, et conformément à l'indication étymologique (*dicere ad*), il signifie *approuver, dire la même chose.* Ainsi deux plaideurs s'accordent sur le choix d'un juge, et le magistrat le nomme : cette nomination s'appelle *addictio judicis* (n° 737). En second lieu il signifie aussi *condamner*, et c'est ainsi que l'on dit *addicere morti, in servitutem*, etc. Mais qu'on y regarde de près, et l'on se convaincra que ce second sens rentre dans le premier; car toute condamnation implique l'adhésion de l'autorité qui la prononce aux affirmations de celui qui la sollicite. Tel étant le sens général du mot *addictio*, il s'emploiera quelquefois pour désigner une convention, et par exemple une vente (L. 7 § 6, *Pro empt.*, XLI, 4). Mais plus spécialement il s'applique à toute déclaration par laquelle le magistrat fait naître un droit au profit d'une partie qui le demande. Ainsi dans les ventes de biens publics (*bonorum sectiones, auctiones, subhastationes*), l'attribution de la propriété à l'acheteur s'appelle *addictio* (Suétone, *Jul. César*, 50), parce que la vente ayant lieu aux enchères, le magistrat ne fait qu'accepter et ratifier les offres les plus élevées.

rité juridique. Le revendiquant acquiert la propriété *ipso jure* (1).

De cette description empruntée à Gaius (II, § 24) il résulterait que l'*in jure cessio* requiert absolument la présence de la chose aliénée, et par conséquent, si c'est un immeuble, le déplacement des parties et du magistrat. Mais il n'est pas croyable que cette sévérité formaliste se retrouve dans le droit classique. Et de même que l'on avait d'assez bonne heure admis la revendication réelle d'un immeuble absent, de même à coup sûr, et à bien plus forte raison, l'on dut en admettre la revendication feinte ou l'*in jure cessio.*

Ce mode d'aliéner est de tous les modes volontaires le plus large, étant applicable à la fois et aux *res mancipi* et aux *res nec mancipi* (Ulp., XIX § 9) (2). Mais Gaius (II, § 25) nous fait remarquer qu'à l'égard des *res mancipi* on use plus volontiers de la mancipation, parce qu'elle n'exige pas le transport des parties auprès du président de la province ou du préteur. Et il est bien évident que de même, pour les *res nec mancipi*, la tradition devait être le mode préféré, ses formes étant encore beaucoup plus simples que celles de la mancipation (3).

III. — OBSERVATIONS COMMUNES A LA MANCIPATION ET A L'*in jure cessio*.

224. 1° Ces deux modes d'aliénation, appartenant l'un et l'autre au *jus civile* (Gaius, II, § 65), supposent, en principe (4), la qualité de

Ainsi encore, c'est par une *addictio* que le magistrat attribue à l'individu volé la personne du voleur (Aul.-Gell., XX, 1), ou au créancier celle du débiteur qui n'exécute pas le jugement rendu contre lui (Gaius, III, § 189); or cette attribution est évidemment sollicitée par la personne intéressée.

(1) Ce résultat se produit alors même que l'*in jure cessio* intervient dans un endroit trop éloigné de Rome pour comporter l'organisation d'un *judicium legitimum*, et il s'explique sans peine, si l'on réfléchit que primitivement la chose jugée produisait toujours son effet *ipso jure* (Gaius, IV, §§ 104 et 108).

(2) Il faut excepter les fonds provinciaux (n° 208).

(3) Aussi l'application la plus usuelle de l'*in jure cessio* se présentait-elle en matière de servitudes personnelles et de servitudes réelles urbaines; car de tels droits ne comportant ni la mancipation, puisqu'ils étaient *res nec mancipi*, ni la tradition, puisqu'ils étaient *res incorporales*, l'*in jure cessio* était le seul mode volontaire de les constituer *jure civili*. Au surplus, on a déjà vu que l'*in jure cessio* s'employait aussi autrefois pour transférer la tutelle légitime (n° 164), et on verra plus tard n°s 320 et 473) qu'elle était susceptible d'une certaine application en matière d'hérédités légitimes.

(4) Par cette expression restrictive je fais allusion aux *Latini veteres*, *coloniarii* ou *Juniani*, qui tous étaient investis du *commercium* et pouvaient en conséquence figurer dans une mancipation (n°s 50 et 63).

citoyen romain chez toute personne qui y figure (Gaius, I, § 119).

2° Comme les paroles prononcées par l'acquéreur contiennent affirmation d'un droit certain et actuel, il y aurait contradiction à admettre ici l'apposition expresse d'une condition *ex qua* ou d'un terme *a quo*; car une telle condition tiendrait en suspens l'existence du droit, et un pareil terme en retarderait la naissance. Ce terme ou cette condition aurait donc pour effet d'annuler l'acte entier. Mais la même décision n'est pas applicable au terme ou à la condition tacites, c'est-à-dire qui auraient été simplement convenus entre les parties et non insérés dans la formule solennelle que l'acquéreur prononce (L. 77, *De reg. jur.*, L, 17) (1). Fr. vat, § 329.

3° La forme même de ces deux actes implique la présence des parties intéressées et exclut l'intervention d'un mandataire. Je veux dire, d'une part, que celui qui y figure comme acquéreur ne peut acquérir qu'en son propre nom, car il affirme l'existence d'un droit qui est sien; et, d'autre part, que c'est le propriétaire lui-même qui doit agir comme aliénateur, lui seul pouvant transférer un droit qui n'appartient qu'à lui (2).

4° Il est évident que les meubles, devant être présents au moment même de la solennité, ne peuvent être mancipés ou cédés *in jure* que par le propriétaire nanti de la possession, et il est certain que dans le principe cela fut vrai aussi des immeubles. Mais le jour où il fut reçu que ces deux formes d'aliénation pourraient s'appliquer à des immeubles que les parties n'avaient pas sous les yeux, continua-t-on d'exiger

(1) Quant au *dies ad quem* et à la condition *ad quam*, il est impossible aussi de les insérer valablement dans une mancipation ou dans une *in jure cessio*. Mais cela tient à la nature même du droit de propriété et non pas à la forme de ces actes; d'où il suit que de telles modalités empêchent absolument l'acquisition de la propriété, même par legs ou par tradition, tandis qu'à l'inverse l'*in jure cessio* ou l'adjudication d'un droit d'usufruit les comportent sans difficulté (nos 202 et 277).

(2) Tout cela est incontestable pour l'*in jure cessio* qui n'est qu'une *legis actio* fictive. Il est également certain que dans la mancipation nul ne figure pour autrui à titre d'acquéreur, les paroles prononcées en font foi. Mais on pourrait soutenir que le *mancipans* n'a pas absolument besoin d'être lui-même propriétaire, qu'il lui suffit d'être mandataire, tuteur, curateur, en un mot autorisé à agir au nom du propriétaire, car il n'a pas de paroles à prononcer. Cependant cette opinion est au moins douteuse : il serait bizarre que la représentation qui n'est pas admise d'un côté le fût de l'autre; de même que la formule ne vaut qu'autant qu'elle est prononcée par l'acquéreur lui-même, de même elle ne doit avoir force que par l'adhésion et la présence de celui qu'elle dépouille. En sens contraire il ne faudrait pas alléguer que d'après les Douze Tables les biens du *furiosus* pouvaient être aliénés par son curateur; car Gaius (II, § 64), qui rapporte cette disposition, ne nous dit pas que ce curateur aliénât valablement par mancipation, et l'on peut bien croire que la seule voie dont il disposât était la tradition.

que du moins le propriétaire fût en possession? Dans le silence des textes, je suis porté à résoudre la question affirmativement, et à croire qu'en l'absence de possession l'acte translatif de propriété devait être remplacé par une cession d'action (1).

5° Il est impossible de dire à quelle époque ces deux formes d'aliénation s'introduisirent. Mais sans aucun doute l'une et l'autre étaient déjà reconnues par la loi des Douze Tables (*Fr. Vat.*, § 50); et certainement aussi elles se maintinrent jusqu'à Justinien, mais il n'en est plus question dans la législation de ce prince. Quant aux causes qui en déterminèrent la suppression, elles sont évidentes : les *res mancipi* disparaissant, la mancipation n'avait plus de raison d'être, et l'*in jure cessio*, que dès longtemps la tradition avait rendue inutile à l'égard des *res corporales*, l'était devenue aussi à l'égard des *res incorporales* par l'admission de la quasi-tradition.

DE LA TRADITION.

SOMMAIRE : I. Des éléments constitutifs de la tradition. — II. Des conditions requises pour qu'elle opère translation de propriété. Effet de la simple tradition d'une *res mancipi*. — III. Règles spéciales à la tradition faite en exécution d'une vente. — IV. De la tradition *incertæ personæ*.

I. — DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA TRADITION.

Lib. II, tit. I, *De divisione rerum et qualitate*, § 44. — Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit; quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tradita fuisset (Gaius, L. 9 § 5, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

Quelquefois aussi, sans tradition, la volonté nue du propriétaire suffit pour transférer la chose, par exemple, si quelqu'un vous vend ou vous donne la chose qu'il vous a prêtée, louée ou remise à titre de dépôt; en effet, bien qu'il ne vous la livre pas en vertu de ce nouveau titre, par cela seul qu'il consent à ce qu'elle devienne vôtre, la propriété vous en est acquise à l'instant même, comme s'il y avait eu tradition.

§ 45. — Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori transfert proprietatem mercium ad emptorem (Gaius, L. 9 § 6, *De acq. rer. dom.*).

De même, si quelqu'un vend des marchandises déposées dans un grenier, il en transfère la propriété à l'acheteur en lui livrant les clefs du grenier.

(1) Dans le droit de Justinien, où la tradition est le seul mode volontaire de

225. De même que l'on distingue la simple détention de la possession proprement dite (n° 212), de même aussi faut-il distinguer deux espèces de tradition : l'une, appelée *nuda traditio*, consiste à remettre volontairement à un tiers la détention matérielle de la chose sans abdiquer l'*animus domini :* telle est la tradition que je dois à un locataire ou à un usufruitier ; telle est aussi celle par laquelle se forment les contrats de commodat, de dépôt et de gage. L'autre, simplement appelée *traditio*, consiste dans la translation volontaire de la possession proprement dite. Seule capable de transférer la propriété, cette seconde espèce de tradition implique, comme la précédente, remise effective du *corpus* ou élément corporel de la possession, mais elle suppose de plus une *justa causa*, c'est-à-dire chez l'une des parties l'intention d'aliéner, chez l'autre l'intention d'acquérir (Ulp., XIX § 7. — L. 31 pr., *De acq. rer. dom.* — L. 55, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Il faut développer successivement ces deux conditions.

Pour la réalisation du *corpus*, il est nécessaire et suffisant, comme cela résulte des principes précédemment exposés en matière d'acquisition de la possession (n° 213), que la chose soit mise à notre disposition physique. D'où il suit que, la *justa causa* étant supposée, la tradition sera parfaite non-seulement si de mes mains la chose passe matériellement dans les vôtres, mais encore si je vous conduis devant elle ou que je la dépose devant vous (1), si je vous remets les clefs d'un grenier ou d'un local voisin où vous pouvez aller la prendre immédiatement (2), si déjà vous la déteniez par exemple à titre de dépositaire

translation de la propriété, il est indubitable que celui qui ne possède pas sa chose n'a aucun moyen de l'aliéner; car il lui est impossible de transférer à l'acquéreur l'élément corporel de la possession. Mais les textes (LL. 21, 47 et 63, *De rei vind.*, VI, 1) qui établissent cette doctrine paraissent bien avoir une portée plus générale et signifier que même à l'époque classique il fallait posséder pour aliéner par un mode volontaire quelconque.

(1) En pareil cas, Javolénus (L. 79, *De solut.*, XLVI, 3) dit qu'il y a tradition *longa manu;* car les yeux font ici l'office de la main : ils atteignent seuls la chose, et, pour ainsi dire, la touchent de loin. Mais il ne faut pas s'autoriser de cette expression un peu bizarre pour croire qu'une pareille tradition présente quoi que ce soit d'exceptionnel.

(2) D'anciens interprètes ont vu là une tradition symbolique. Mais si les clefs n'étaient considérées que comme un symbole de la possession, leur remise, même faite à une grande distance du grenier, emporterait néanmoins tradition. Et à la vérité, à ne regarder que le texte des Institutes (§ 45 *sup.*), on pourrait bien croire que telle était l'idée romaine. Mais un texte de Papinien (L. 74, *De contr. empt.*, XVIII, 1) exige formellement que les clefs soient remises *apud horrea*, de sorte que celui qui les reçoit a bien en réalité la chose à sa disposition.

ou de locataire (1), ou si, à l'inverse, moi qui jusqu'à présent la détenais pour mon propre compte, je conviens avec vous que je la garderai désormais en votre nom (2).

A. Il est possible toutefois et même fréquent que l'on répute accomplies une ou plusieurs remises matérielles qui n'ont pas été réellement faites. Cela se présente dans des hypothèses où régulièrement j'aurais dû recevoir moi-même une chose pour la remettre ensuite à une autre personne. Par exemple, voulant vous prêter de l'argent, je donne ordre à mon débiteur de se libérer entre vos mains. Bien qu'il n'apparaisse ici qu'une seule remise, un seul déplacement de numéraire, les choses se passent comme si le débiteur m'eût d'abord compté la somme à titre de payement et que je vous l'eusse ensuite livrée à titre de prêt. Voilà donc deux traditions comprises en une seule (L. 15, *De reb. cred.*, XII, 1). Veut-on une espèce plus compliquée? Titia étant sur le point d'épouser mon débiteur Séius, je me propose de la doter; j'entends, de plus, que la donation tienne, quoi qu'il arrive, et quand même le mariage viendrait à manquer. Pour cela, comment m'y prendre? Je libérerai Séius par une acceptilation *dotis causa*, et dès lors voici la série des faits qu'il faudra supposer accomplis : d'abord une tradition que Séius m'aurait faite à titre de payement, puis une seconde tradition faite par moi à Titia à titre de donation, enfin une troisième tradition faite par Titia à son futur à titre de constitution de dot. Nous aurons donc ici trois remises sous-entendues, alors que la réalité ne nous en présente pas une seule (L. 43 § 1, *De jur. dot.*, XXIII, 3). Dans ces

(1) Dans cette hypothèse, Justinien (§ 44 *sup.*) prétend que la propriété se transfère sans tradition, et tel est aussi le langage de Gaius (L. 9 § 5, *De acq. rer. dom.*). Mais c'est là une idée absolument inexacte, la vérité est que nous trouvons ici une tradition qui était à moitié faite d'avance : vous déteniez corporellement la chose, mais vous la déteniez en mon nom. Désormais j'abdique l'*animus domini*, et par cela même vous avez, le revêtant, les deux éléments qui composent la possession. A plus forte raison, faut-il rejeter l'idée subtile de certains interprètes qui ont admis dans notre hypothèse une tradition feinte : la fiction consisterait en ce que vous seriez réputé m'avoir matériellement remis la chose, et moi vous l'avoir rendue. Cette tradition feinte, comme tout à l'heure la tradition symbolique, n'est qu'une vaine imagination et une complication stérile.

(2) Ceci a lieu, par exemple, lorsque, vendant une chose, je m'en réserve l'usufruit, ou que je la garde comme fermier ou comme dépositaire. Je me dessaisis de l'*animus domini*, et désormais vous possédez *corpore meo*. Les interprètes disent ici, dans un langage qui n'est ni romain ni clair, qu'il y a *constitut possessoire*, c'est-à-dire que je me constitue possesseur *alieno nomine*. Contre la validité du constitut possessoire on avait fait une assez mauvaise objection tirée de la règle : *Nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis*. Mais Celsus répond avec raison que le possesseur, au lieu de changer la cause de sa possession, cesse de posséder

hypothèses et dans toutes celles où, pour aller plus droit au but, on supprime ainsi la nécessité d'une remise matérielle, les Romains disent qu'il y a tradition *brevi manu* (1). Mais qu'on le remarque bien, si la chose ne passe pas effectivement par toutes les mains qui sont censées la toucher, il faut néanmoins, il faut absolument qu'elle soit à la disposition physique de celui qui est réputé recevoir la dernière de ces traditions, celle dans laquelle toutes les autres se résument.

226. Quant à la *justa causa*, elle gît ici dans l'accord de deux volontés tendant l'une à aliéner, l'autre à acquérir une certaine chose. Le plus ordinairement, cet accord de volontés a sa cause dans un fait antérieur emportant obligation d'aliéner, par exemple dans un legs *per damnationem*, dans un contrat de vente, de société ou de stipulation; d'autres fois il intervient en conséquence d'une convention par elle-même dépourvue de tout caractère obligatoire, par exemple d'une donation ou d'un échange. Dans le premier cas, la tradition a pour but l'exécution d'un fait juridique indépendant d'elle; dans le second cas, c'est à elle, au contraire, que le fait juridique doit sa force et son effet. Mais ce qu'il est essentiel de comprendre, c'est que de toutes façons, obligatoire ou non, œuvre de deux volontés ou d'une seule, ce fait juridique qui motive et détermine la tradition ne doit pas être confondu avec la *justa causa* (2). Ce qui le prouve bien, c'est qu'un acheteur, et plus généralement un créancier, ne devient pas propriétaire de la chose due lorsqu'il se met lui-même en possession sans la volonté du débiteur (LL. 5 et 33, *De acq. vel amitt. poss.*). La *justa causa*

(L. 18 pr., *De acq. vel amitt. poss.*). On peut ajouter que le changement qui s'opère ne résulte pas de sa volonté seule, mais bien d'une convention.

(1) La fiction sur laquelle repose la tradition *brevi manu* tend, dans les deux espèces que j'ai exposées, à écarter l'application d'une règle d'après laquelle nul ne peut acquérir une action par l'intermédiaire d'une personne qui n'est pas en sa puissance (*persona extranea*). Dans la première espèce, en effet, l'emprunteur, quoiqu'il ait reçu les deniers de mon débiteur, n'est tenu qu'envers moi. Dans la seconde, la femme est devenue créancière de son futur mari, et cependant elle ne lui a rien donné; c'est de moi qu'il a reçu sa libération. Il y a d'autres hypothèses dans lesquelles la tradition *brevi manu* a pour but de convertir un contrat en un autre contrat : c'est ce qui arrive, par exemple, si en exécution d'un mandat vous avez touché une certaine somme de mes débiteurs, et que je vous la laisse à titre de prêt (L. 15. *De reb. cred.*, XII, 1). Rigoureusement, il faudrait que vous m'eussiez payé cet argent pour vous décharger de votre obligation de mandataire et qu'ensuite vous l'eussiez reçu de mes mains en qualité d'emprunteur. Par la tradition *brevi manu* on évite ce détour inutile. On verra, du reste, en étudiant le *mutuum*, que cette hypothèse donna lieu à des controverses (n° 587).

(2) Cette confusion paraît avoir été commise aux Institutes (§ 40, *De divis. rer.*).

consiste donc uniquement dans une volonté spéciale et réciproque d'aliéner et d'acquérir; donc, que cette volonté ait réellement présidé à la remise du *corpus*, et quel qu'en ait pu être le motif déterminant, nous dirons que l'aliénation est consommée (1).

De cette notion résultent les conséquences suivantes : 1° La tradition, quoique faite par erreur en vertu d'un legs, d'une stipulation ou de toute autre cause d'obligation qui n'a jamais existé ou est éteinte, transfère la propriété. Que se propose, en effet, le *tradens?* Deux choses évidemment : comme but immédiat, rendre l'*accipiens* propriétaire; comme but final, se libérer. Or ce sont là deux buts dont le premier peut être atteint sans le second. Donc, sans aucun doute, le *tradens* ne se libère pas, n'étant tenu d'aucune dette; mais pourquoi l'*accipiens*, qui a bien de son côté l'intention d'acquérir, ne deviendrait-il pas propriétaire? Il le devient en effet, comme le prouve suffisamment le nom même de la *condictio indebiti*, action personnelle par laquelle il sera tenu de retransférer la propriété au *tradens* (*De cond. ind.*, XII, 6). 2° On peut supposer la tradition intervenue en exécution d'un acte juridique existant en fait, mais nul aux yeux de la loi. C'est, par exemple, un emprunteur qui a promis des intérêts usuraires et qui les paye, ou c'est une femme qui acquitte l'obligation contractée par elle contrairement au sénatus-consulte Velléien. Ici encore la loi, ne considérant que la double intention d'aliéner et d'acquérir, intention qui en elle-même n'a rien d'illicite, reconnaît l'effet translatif de la tradition (2), et ce qui le démontre, c'est qu'une action personnelle, une *condictio ex injusta causa*, est organisée au profit du *tradens*, à l'effet d'obtenir que la propriété lui soit retransférée (*De cond. ob turp. vel injust. caus.*, XII, 5). 3° Il est possible que l'une des parties voulant

(1) La *justa causa* ainsi entendue est également requise dans la mancipation et dans l'*in jure cessio*. C'est ce que l'on exprime sous une autre forme en rangeant ces deux modes d'aliéner parmi les modes volontaires (n° 219). Que si néanmoins je rattache tout spécialement la théorie de la *justa causa* à la tradition, en voici le motif : dans la *mancipatio* et l'*in jure cessio* l'existence de la *justa causa* ne donne lieu à aucune difficulté; elle est démontrée par les solennités mêmes de l'acte, tandis qu'en matière de tradition il y a toujours lieu de rechercher si les parties ont voulu faire une véritable tradition translative de propriété ou seulement une *nuda traditio*.

(2) Toutefois je ne fais ici que constater le fait ordinaire; mais il est fort possible que la loi elle-même déclare la tradition nulle ou que cette nullité résulte évidemment de son esprit. C'est ce qui arrive par exemple lorsqu'un conjoint fait une tradition *donationis causa* à son conjoint (L. 3 § 10, *De donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1).

livrer en vertu d'une certaine cause, l'autre partie ait cru recevoir en vertu d'une autre cause. Par exemple, le *tradens* entendait acquitter un legs, et l'*accipiens* s'imaginait recevoir en vertu d'une stipulation ; ou bien le *tradens* se proposait de faire une donation, l'*accipiens* d'emprunter. Dans ces hypothèses, et pareillement dans tous les cas où chacune des deux causes différentes que les parties ont en vue implique par elle-même l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir, Julien (L. 36, *De acq. rer. dom.*) déclare la tradition efficace, et sa doctrine, qu'il présente comme constante, est certainement conforme aux principes (1). 4° Si des circonstances postérieures entraînent résolution de la convention qui a déterminé la tradition, la propriété n'échappe

(1) Cette doctrine est cependant contredite par Ulpien (L. 18 pr., *De reb. cred.*, XII, 1). Ce jurisconsulte, visant simplement l'hypothèse dans laquelle le *tradens* a l'intention de faire une libéralité et l'*accipiens* l'intention d'emprunter, commence par constater qu'il n'y a ni donation ni *mutuum*. Qu'il n'y ait pas donation, Julien lui-même le reconnaît, et cela tient à ce qu'en principe nul n'est donataire sans le vouloir. Qu'il n'y ait pas non plus *mutuum*, je pense qu'en cela encore ni Julien ni aucun autre jurisconsulte n'eût contredit Ulpien ; car, pour former un *mutuum*, une aliénation ne suffît pas, encore faut-il que les deux parties aient considéré cette aliénation comme condition de la formation d'un *mutuum*. Mais Ulpien, et c'est en quoi il s'écarte des idées reçues, admet que la nullité du *mutuum* et la nullité de la tradition en tant qu'acte translatif de propriété sont deux choses indivisibles. La vérité, au contraire, est que, si les volontés ne se sont pas rencontrées pour la formation du *mutuum*, elles se sont très-évidemment accordées en vue d'opérer une aliénation. Il est du reste remarquable qu'Ulpien pose sa doctrine en des termes qui trahissent une certaine hésitation : *magis nummos accipientis non fieri*. — Une autre décision d'Ulpien montre chez ce jurisconsulte une tendance très-nette à tenir compte du motif qui détermine l'intention d'aliéner et d'acquérir. Supposons qu'en qualité de tuteur ou de mandataire, je vous livre une chose que je crois appartenir au pupille ou au mandant et qui en réalité m'appartient à moi-même. Il semble que l'aliénation devrait s'opérer, puisque la volonté d'acquérir et d'aliéner n'est pas douteuse. Cependant Ulpien admet la doctrine contraire, attendu que la volonté du *tradens* a été déterminée par l'ignorance de son droit (L. 35, *De acq. rer. dom.*). Plusieurs interprètes ont cru, il est vrai, que Marcellus contredit cette décision : car supposant que je possède de bonne foi votre chose, que je vous donne mandat de la vendre, et qu'effectivement vous la vendez et la livrez dans la croyance qu'elle m'appartient, ce jurisconsulte vous refuse l'action en revendication (L. 49, *Mandat.*, XVII, 1). Mais il faut bien prendre garde que dans l'espèce de Marcellus le mandataire n'a pas seulement livré, il a vendu ; et la vente, l'obligeant personnellement à garantie envers l'acheteur, l'empêche évidemment de revendiquer, tandis que dans l'hypothèse d'Ulpien le mandataire ou le tuteur qui livre n'est pas supposé avoir vendu. La contradiction n'est donc pas réelle, je dois le reconnaître. Mais cela ne m'empêche pas de tenir la décision d'Ulpien pour contraire aux vrais principes romains ; et de ce que nous ne possédons pas de textes qui la contredisent, il est impossible de conclure avec certitude qu'elle exprime une doctrine agréée de tous les jurisconsultes.

pas de plein droit à l'acquéreur ; car il reste vrai qu'il y a eu volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir, c'est-à-dire *justa causa*. L'aliénateur est donc simplement autorisé à exercer une action personnelle pour obtenir une retranslation de la propriété. Telle fut, du moins, la législation primitive, et l'on en verra de remarquables applications en matière de constitution de dot (n° 311), de donation *mortis causa* (n° 308) et de vente (n° 614).

A. Voici maintenant trois ordres d'hypothèses dans lesquelles le défaut de consentement empêchera l'aliénation de se réaliser : 1° Je vous fais la remise matérielle d'une chose : j'entends la faire à titre de dépôt ou de commodat, vous croyez la recevoir à titre de *mutuum ;* ou bien, réciproquement, c'est moi qui ai l'intention de former un *mutuum*, quand vous ne songez qu'à devenir dépositaire ou commodataire. Dans le premier cas, vous avez bien l'intention d'acquérir, mais je ne veux pas aliéner ; dans le second cas, je veux aliéner, mais vous ne pensez pas à acquérir. Il est donc clair qu'ici, comme toutes les fois que nous nous référons à deux causes différentes dont l'une implique par elle-même intention d'aliéner et d'acquérir et dont l'autre implique l'intention contraire, la tradition ne saurait être translative de propriété (L. 18 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1) (1). 2° C'est le fonds Cornélien que j'entends vous livrer, et c'est du fonds Sempronien que vous croyez recevoir la tradition (2). Nos deux volontés ne se rencontrant pas sur la même chose, en réalité il n'y a point de convention, partant point d'aliénation (L. 34 pr., *De acq. vel amitt. poss.*) (3). 3° De même, enfin, et avec plus d'évidence encore, il n'y a point d'aliénation concevable, si l'une des deux parties est dépourvue de volonté, par exemple si elle est *infans* ou folle. Vainement même le *tradens* serait-il obligé, par une vente ou à tout autre titre, de transférer la propriété à l'*accipiens*. La volonté spéciale d'acquérir ou d'aliéner manquant au moment de la remise matérielle, il n'y aurait pas véritablement de tradition.

227. De cette analyse de la tradition découlent plusieurs conséquences notables : 1° le propriétaire qui ne possède pas sa chose est

(1) Il est évident, au surplus, que dans tous les cas il ne se forme, faute de consentement, aucun contrat.

(2) En fait, pour comprendre cette sorte d'erreur, il faut supposer que la chose n'est pas présente au moment de la tradition.

(3) Mais le *tradens* aurait-il perdu la possession ? On a vu que cette question faisait l'objet d'une controverse entre les jurisconsultes (page 514, note 1).

dans l'impuissance évidente de l'aliéner par ce mode; car comment la mettrait-il à la disposition physique de l'*acquéreur*? Tout ce qu'il peut faire, c'est de céder son action en revendication (page 536, note 1). Or il s'en faut que cette cession produise exactement les effets d'une translation de propriété; car le cessionnaire, au lieu d'exercer la revendication en son propre nom, devra faire figurer dans l'*intentio* de la formule le nom du cédant (Gaius, IV, § 86), et lorsqu'il aura obtenu la restitution de la chose, il sera seulement *in causa usucapiendi*; 2° la tradition, n'exigeant aucune formule solennelle, n'implique pas nécessairement la présence des parties intéressées : elle peut être faite ou reçue par le ministère d'un tiers, par exemple par un mandataire ou un tuteur (Inst., §§ 42 et 43, *De divis. rer.*); 3° de même elle n'exclut en aucune façon l'apposition expresse d'un *dies a quo* ou d'une condition suspensive. Je veux dire que la translation de propriété peut, en vertu d'une convention expresse ou tacite, être valablement reculée à une époque ultérieure, ou subordonnée à l'arrivée d'un événement futur et incertain (L. 38 § 1, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 8, *De reb. cred.*, XII, 1) (1). Quant au *dies ad quem* ou à la condition *ad quam*, on sait que dans les principes de l'ancien droit ils étaient considérés comme contraires à la nature du droit de propriété, et en conséquence emportaient nullité de l'aliénation. Mais dans le droit de Justinien, qui admet la validité d'une translation de propriété temporaire, ils seront évidemment respectés, puisqu'ils n'ont rien de contraire à l'essence de la tradition (2).

II. — CONDITIONS REQUISES POUR QUE LA TRADITION TRANSFÈRE LA PROPRIÉTÉ. — EFFET DE LA SIMPLE TRADITION D'UNE *res mancipi*.

Lib. II, tit. I, *De divisione rerum et qualitate*, § 40. — Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur : nihil enim tam conve-

La tradition est également un moyen d'acquérir par le droit naturel : en effet, rien n'est plus conforme à l'équité naturelle que de

(1) C'est ainsi, par exemple, que la translation de propriété faite *dotis causa* à un futur mari est quelquefois subordonnée à la réalisation du mariage (n° 311).

(2) Je n'examine pas quel est l'effet des pactes ou conventions que les parties peuvent ajouter à une tradition, ni plus généralement à un acte translatif de propriété. La question se présentera naturellement à propos de la théorie des pactes et de celle des contrats innommés (n° 647).

niens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienari. Itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur : vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia, quæ in provinciis sunt : inter quæ necnon et Italica prædia, ex nostra constitutione nulla est differentia. Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.

ratifier la volonté manifestée par le propriétaire de transférer sa chose à une autre personne. Et c'est pourquoi, toute chose corporelle, quelle que soit sa nature, peut être livrée, et, étant livrée par le propriétaire, être aliénée. Donc, les fonds stipendiaires ou tributaires eux-mêmes s'aliènent de cette façon. On appelle fonds stipendiaires ou tributaires, ceux qui sont situés dans les provinces, et entre ces fonds et ceux qui se trouvent en Italie nous avons par notre constitution effacé toute différence. En supposant donc ces fonds livrés en exécution d'une donation, d'une constitution de dot ou de toute autre cause, sans aucun doute la propriété en est transférée.

§ 42. — Nihil autem interest utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius (Gaius, L. 9 § 4, *De acq. rer. dom.*).

Du reste, il est indifférent que la tradition soit faite par le propriétaire lui-même, ou par un tiers qui agit en vertu de sa volonté.

§ 43. — Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis (Gaius, L. 9 § 4, *De acq. rer. dom.*).

C'est pourquoi le tiers, à qui le propriétaire a confié la libre administration de ces biens, vendant et livrant un de ses biens, en transfère la propriété à celui qui le reçoit.

228. Supposant réalisés les deux éléments qui constituent la tradition, devrons-nous dire qu'elle emporte nécessairement translation de propriété? Non; ce résultat suppose la réunion de certaines conditions relatives au *tradens*, à l'*accipiens* et à la chose. Quant au *tradens*, il faut ou qu'il soit lui-même propriétaire et capable d'aliéner, ou qu'il ait mission d'agir au nom du propriétaire (1). Quant à l'*accipiens*, il

(1) Il va de soi que si par erreur je crois le *tradens* non propriétaire, incapable ou sans pouvoir, la réalité l'emporte sur mon erreur, et je deviens néanmoins propriétaire. On dit alors : *plus est in re quam in existimatione* (L. 9 § 4, *De jur. et fact. ign.*, XXII, 6).

faut également ou qu'il reçoive la tradition pour son propre compte, ou, s'il la reçoit pour un tiers, qu'il ait pouvoir d'acquérir la possession à ce tiers. Ce sont là des conditions indiquées par la nature elle-même et dont le développement sera présenté plus loin (n°s 293 et s.). Quant à la chose, les exigences de la législation romaine sont tout à fait arbitraires : on veut d'abord qu'elle soit corporelle, sans quoi la tradition, qui n'est que le transport de la possession, ne se concevrait même pas (n° 225). On veut, en outre, qu'elle soit *res nec mancipi* (Gaius, II, § 19. — Ulp., XIX § 7). Il suit de là que la tradition nous confère sur les meubles autres que les esclaves, bœufs, chevaux, ânes et mulets, la même plénitude de droits que nous donnerait soit la mancipation à l'égard de ces meubles exceptionnels et des immeubles italiques, soit l'*in jure cessio* à l'égard de toutes choses corporelles susceptibles de propriété quisitaire. De même par la tradition nous acquérons le droit de propriété incomplet que comportent les fonds provinciaux, et c'est même le seul mode d'aliénation volontaire qui leur soit applicable.

229. Est-ce à dire que la simple tradition d'une *res mancipi* corporelle demeure sans aucun effet? Loin de là : si nous nous plaçons à l'époque du droit classique, Gaius (II, § 41) et Ulpien (I § 16) constatent qu'émanant du propriétaire (1) cette tradition fait entrer la chose dans le patrimoine de l'*accipiens*. On dit qu'il l'a, non pas *in dominio*, mais *in bonis*. Et d'abord il l'a *in bonis*. Deux propositions dégageront très-exactement le sens de cette formule : 1° dès à présent, c'est à l'acquéreur, à lui seul, qu'appartient le droit d'user, de jouir et de disposer. A lui, si par exemple la chose aliénée est un esclave, appartient la puissance dominicale, et avec elle le droit d'acquérir par son intermédiaire, le droit de l'affranchir et aussi le droit de recueillir les biens qu'il laisserait en mourant (Gaius, I, §§ 54 et 167; II, § 88; III, § 166); 2° dès le moment de la tradition, l'acquéreur commence une usucapion dont il n'est au pouvoir de personne d'empêcher l'accomplissement. Le propriétaire lui-même ne réussirait ni à lui enlever la chose, ni même, en ayant recouvré la possession, à la retenir (2).

(1) Faite *a non domino*, elle ne produit ni plus ni moins d'effet que la tradition d'une *res nec mancipi* faite également *a non domino*, c'est-à-dire qu'elle marque pour l'*accipiens* le point de départ d'une acquisition par usucapion, si du reste les autres conditions exigées se trouvent réunies.

(2) Le simple possesseur de bonne foi ne jouit pas de ces avantages. Sans ~~doute~~ doute il usucape, mais son usucapion peut être arrêtée par le propriétaire, et en ce sens il n'a point de droit certain tant qu'elle n'est pas accomplie. Cependant, comme le

D'autre part, ai-je dit, l'acquéreur n'a pas la chose *in dominio*. Toutefois entre sa position et celle d'un véritable propriétaire (*dominus legitimus*), les différences résident plutôt dans la forme que dans le fond. Les principales sont les suivantes : 1° si l'aliénateur forme contre lui une demande en revendication, cette demande, au lieu d'être repoussée par un moyen tiré du fond et dont l'examen rentre directement dans l'office du juge, n'échoue que devant une exception qu'il est nécessaire d'insérer dans la formule. Mais cette exception, qu'on appelle exception *rei venditæ et traditæ* (1), ne peut jamais être refusée à l'acquéreur; 2° perdant la possession, l'acquéreur, au lieu d'agir par la *rei vindicatio*, agit par l'action publicienne. Mais cette action, malgré des différences dans la formule, aboutit aux mêmes résultats, et elle réussit contre tout possesseur, même contre le propriétaire; 3° l'acquéreur qui veut aliéner ne peut pas recourir aux modes du droit civil, il n'a d'autre ressource que la tradition, et il va de soi qu'il ne transfère jamais que le droit qui lui appartient. En résumé donc, le droit du bonitaire (2) est tout aussi bien protégé et tout aussi transmissible que celui d'un propriétaire véritable; seulement les moyens de protection et de transmission ne sont pas les mêmes.

Que si de la forme on passe au fond, l'infériorité de ce droit ne se manifeste que sur des points de détail. Et, en effet, 1° je ne puis pas léguer *per vindicationem* la chose que j'ai seulement *in bonis* (Gaius, II, § 196). Mais de cela qui est-ce qui souffre? Le légataire bien plus que moi; 2° s'il s'agit d'un esclave, je ne puis le rendre citoyen romain qu'en l'affranchissant avec le concours du *nudus dominus ;* sinon il ne devient que Latin (n° 62. — Gaius, I, § 167). Mais ici encore ce n'est pas moi qui souffre de l'imperfection de mon droit, c'est l'affranchi seul; 3° dans la même hypothèse, si l'affranchi est impubère, ce n'est pas moi qui suis appelé à la tutelle légitime (n° 133). Or en cela j'échappe à une charge bien plutôt que je ne perds un avantage (3).

Il est maintenant bien facile de comprendre pourquoi on dit de l'ac-

préteur le protége contre tous autres que le véritable propriétaire et ses ayant cause, quelques textes disent aussi de lui qu'il a la chose *in bonis* (L. 52, *De acq. rer. dom.* — L. 49, *De verb. signif.*, L, 16). Mais c'est là certainement un langage impropre.

(1) Je dis *venditæ*, parce que la vente est la cause la plus ordinaire des traditions. Mais, s'il y a lieu, l'exception s'appellera *exceptio rei donatæ, legatæ*, etc.

(2) Théophile seul parmi les anciens emploie cette expression (sur le § 5 *De libertinis*, Inst., I, 5).

(3) L'observation que je fais ici n'aurait pas été vraie à l'époque où la tutelle légitime n'était organisée que dans l'intérêt du tuteur.

quéreur qu'il a la chose *in bonis*, tandis qu'on qualifie l'aliénateur *nudus dominus ex jure Quiritium*. C'est qu'en effet le premier a tous les avantages sérieux de la propriété; le second ne garde qu'un droit à peu près illusoire et un titre sans réalité (1). Et cela suffit pour faire pressentir que le *nudum dominium ex jure Quiritium*, condamné par son inutilité même, était destiné à disparaître de la législation romaine, ainsi que je l'expliquerai ultérieurement (n° 282).

III. — DES RÈGLES SPÉCIALES DE LA TRADITION DE LA CHOSE VENDUE.

Lib. II, tit. I, *De divisione rerum et qualitate*, § 41. — Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege Duodecim Tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.

Mais les choses vendues et livrées ne deviennent la propriété de l'acheteur qu'autant que celui-ci en a payé le prix, ou a fourni une satisfaction d'un autre genre, par exemple un *expromissor* ou un gage. Telle est la disposition de la loi des Douze Tables elle-même, et cependant on a raison de dire que c'est là un résultat admis par le droit des gens, c'est-à-dire par le droit naturel. Mais, lorsque le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, il faut aussi dire que celui-ci devient immédiatement propriétaire.

230. Malgré la réunion de toutes les conditions précédemment indiquées, la tradition faite par un vendeur en exécution de son obligation n'opère translation de propriété qu'autant qu'elle est suivie du payement réel et intégral du prix. Jusque-là, et encore que la vente fût elle-même pure et simple, l'aliénation reste suspendue par cette condition tacite : *si le prix est payé*. Telle était déjà, au rapport de Justinien (§ 41 *sup.*), la décision des Douze Tables (2), fondée sur une

(1) Voir pourtant Gaius (III, § 166).

(2) Cette disposition prouve que la loi des Douze Tables consacrait la tradition parmi les modes d'acquérir. Certaines personnes, il est vrai, ont prétendu que cette loi se référait, non pas à la vente, mais bien à la mancipation. Mais si l'on essaye de préciser, cela ne peut signifier que l'une des deux choses suivantes : ou on veut dire que la loi des Douze Tables exigeait, pour que la mancipation transférât la propriété, le payement d'un prix réel; mais alors cela impliquerait que la mancipation n'a pas toujours été une vente imaginaire, et ce n'est là qu'une con-

interprétation assurément très-sage de la volonté des parties. Si en effet le vendeur s'est obligé à transférer ses droits sur la chose, c'est seulement en vue et à cause du prix qu'il comptait recevoir; cela est tellement vrai qu'il lui est permis de la retenir jusqu'à parfait payement (L. 13 § 8, *De act. empt.*, XIX, 1). Dès lors, quoi de plus naturel que de lui supposer, en cas de dessaisissement anticipé, l'intention de rester propriétaire aussi longtemps qu'il restera créancier, c'est-à-dire, en dernière analyse, l'intention de ne pas perdre (1)? car l'action en revendication le soustrait aux risques de l'insolvabilité de l'acheteur (2). Mais précisément parce que notre règle ne consacre qu'une interprétation de volonté, elle doit fléchir en présence d'une volonté contraire. Or, à ce point de vue, les textes (L. 5 § 18, *De trib. act.*, XIV, 4. — LL. 19 et 53, *De contr. empt.*, XVIII, 1) tiennent pour équipollentes au payement du prix les deux circonstances suivantes : 1° le vendeur s'est fait donner une satisfaction, je veux dire une sûreté réelle ou personnelle, mais spéciale et qui n'est pas inhérente à la simple qualité de créancier (3). Par exemple, comme le supposent les Institutes (§ 41 *sup.*), il s'est fait donner un gage, ou bien, ce qui dénote plus manifestement encore son intention, il a libéré l'acheteur en recevant à sa place un débiteur nouveau (*expromissor*) (4); 2° le vendeur n'a envisagé que

jecture sans fondement (page 531, note 1); ou bien, on veut dire qu'il fallait une remise réelle du lingot de cuivre destiné à figurer le prix, et alors, comme cette remise constitue une des solennités essentielles de la mancipation, on aboutit à cette proposition parfaitement naïve : la mancipation ne transfère la propriété qu'autant qu'elle est une véritable mancipation.

(1) Cette présomption aurait pu être très-raisonnablement étendue à tous les cas où le *tradens* ne fait qu'exécuter un contrat qui le rend lui-même créancier de l'*accipiens*, par exemple un contrat de société. Mais il est certain qu'une telle extension ne fut jamais admise ni même proposée.

(2) L'acheteur qui ne paye pas ne devenant pas propriétaire, la disposition de la chose ne lui appartient évidemment pas; il ne peut donc ni l'aliéner, ni la grever d'aucun droit réel, et, dans le cas où c'est un esclave, il ne peut ni acquérir par son intermédiaire, ni l'affranchir (L. 16, *De peric. et comm. rei vend.*, XVIII, 6. — L. 38 § 2, *De lib. caus.*, XL, 12). Si cette théorie protége très-bien le vendeur, elle ne protége en aucune façon l'acquéreur; car payant, il ne fait pas évanouir les droits réels que le vendeur a pu consentir postérieurement à la tradition (L. 15, C., *De rei vind.*, III, 32). A ce point de vue, l'action en résolution établie par notre droit garantit beaucoup mieux les intérêts de l'acheteur et ne garantit pas moins bien ceux du vendeur.

(3) Les mots *satisfacere* et *satisfactio* n'ont pas toujours le sens que je leur donne ici (Inst., § 31, *De act.*, IV, 6. — Inst., § 2, *De perp. et temp., act.*, IV, 12).

(4) Ces exemples ne sont pas limitatifs : il est bien clair qu'une hypothèque équivaudrait ici à un gage, puisqu'elle produit les mêmes effets. J'en dis autant

le crédit (*fides*) de l'acheteur; en d'autres termes, il a consenti à n'avoir d'autre garantie que l'action personnelle née de son contrat. Ce consentement résulterait, à défaut de convention expresse, de la simple concession d'un terme fixe ou indéterminé pour le payement du prix (L. 3, C., *De pact. int. empt.*, IV, 54) (1). Toutefois, et attendu qu'il s'agit toujours ici d'interpréter la volonté des parties, le vendeur, même recevant une satisfaction ou concédant un terme, conserverait encore la propriété s'il en manifestait bien clairement l'intention. Dans la pratique romaine, cette intention s'accusait le plus ordinairement par un pacte joint à la vente ou à la tradition et portant que jusqu'au payement l'acheteur ne tiendrait la chose qu'à titre de bail (2) ou de précaire (L. 20 § 2, *Locat.*, XIX, 2. — L. 20, *De prec.*, XLIII, 26) (3).

de la réception d'un fidéjusseur (L. 53, *De contr. empt.*, XVIII, 1), et plus généralement de toute *intercessio* par laquelle un tiers viendrait garantir accessoirement l'obligation de l'acheteur.

(1) Lorsque le vendeur non payé transfère immédiatement la propriété, rien ne l'empêche de se faire consentir une hypothèque sur la chose vendue. L'action hypothécaire constitue alors, ou peu s'en faut, un équivalent de l'action en revendication (L. 1 § 4, *De reb. eor. qui*, XXVII, 9).

(2) En pareil cas, l'acquéreur qui vient payer le prix de vente doit-il aussi le loyer (*merces*)? La solution de cette question dépend de l'intention des contractants. Ce qui est certain, c'est que le loyer ne peut jamais être dû que pour le temps écoulé entre le jour de la tradition et le jour du payement du prix de vente (L. 21, *Locat.*).

(3) Bien évidemment, le vendeur qui livre la chose pourrait aussi en retenir la propriété par un pacte spécial et exprès, que les interprètes appellent *pactum reservati dominii*. Cela étant, quelle est l'utilité d'une convention de bail ou de précaire? Elle se présente à un double point de vue : 1° le vendeur pour recouvrer sa chose n'aura pas besoin de revendiquer, c'est-à-dire d'établir son droit de propriété. Il agira plus simplement par l'action *Locati* ou par l'interdit *De precario;* 2° en cas de convention de bail, l'acquéreur ne possédera pas du tout (L. 16, *De peric. et comm. rei vend.*). En cas de précaire, il possédera bien à l'égard des tiers, mais non pas à l'égard du vendeur, tandis qu'en dehors de ces deux hypothèses, il acquiert toujours, à défaut de la propriété, une véritable possession garantie contre tout le monde par la voie des interdits. Telle est la conclusion que je tire du texte même des Institutes (§ 41 *sup.*) qui présente la tradition faite par le vendeur non payé comme une véritable tradition, et non pas comme une simple remise du *corpus*. Il est vrai que plusieurs interprètes ont fait en sens contraire le raisonnement suivant : l'acheteur qui doit encore son prix possède, lorsqu'il tient la chose à titre de précaire; donc en dehors de ce cas il ne possède pas. Mais ces interprètes se sont mépris, en considérant le pacte de précaire comme destiné à augmenter les droits de l'acheteur; la vérité est qu'il les diminue dans l'intérêt du vendeur. Au surplus la possession de l'acheteur qui doit son prix est assez clairement affirmée dans une constitution de Dioclétien (L. 12, C., *De contr. empt.*, IV, 38), et si elle eût été douteuse, on ne concevrait pas que quelques jurisconsultes eussent proposé de donner la publicienne à cet acheteur (L. 8, *De Publ.*, VI, 2).

Dans tous les cas où le vendeur non payé a conservé la propriété de la chose, il peut, comme je l'indiquais tout à l'heure, la revendiquer; mais cette revendication ne résout jamais le contrat de vente; en d'autres termes, chaque partie conserve sa créance : l'acheteur n'a donc qu'à payer pour exiger une nouvelle tradition, et le vendeur lui-même peut encore poursuivre le payement du prix en offrant de livrer la chose.

IV. — DE LA TRADITION *incertæ personæ.*

Lib. II, tit. I, *De divisione rerum et qualitate*, § 46. — Hoc amplius, interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem; ut ecce, prætores et consules, qui missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus, et tamen quia volunt quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficiunt (Gaius, L. 9 § 7, *De acq. rer. dom.*).

De plus, il arrive quelquefois qu'on transfère la propriété par une volonté qui se porte sur une personne incertaine; c'est ainsi que les préteurs et les consuls, lorsqu'ils jettent au milieu du peuple des pièces de monnaie, ignorent ce que chacun en ramassera; et pourtant, comme ils veulent que chaque personne devienne propriétaire de ce qu'elle aura ramassé, ils transfèrent effectivement à chacune une propriété immédiate.

§ 47. — Qua ratione, verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.

En vertu du même principe, il paraît plus raisonnable de décider que quiconque s'empare d'une chose abandonnée par son propriétaire en acquiert immédiatement la propriété. On tient pour abandonnée la chose dont le propriétaire s'est dessaisi avec l'intention de ne plus la compter parmi ses biens, et en conséquence il cesse immédiatement d'en être propriétaire.

§ 48. — Alia causa est earum rerum quæ in tempestate maris, levandæ navis causa, ejiciuntur; hæ enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso

Tout autre est le cas des choses que dans une tempête on jette pour alléger le navire; ces choses ne changent pas de propriétaire, parce qu'évidemment celui qui les jette n'a pas l'intention d'en abdiquer la propriété, mais bien plutôt d'échapper avec le navire lui-même aux périls de la mer. C'est pourquoi ce-

mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit; nec longe discedere videntur ab his quæ de rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt (Gaius, L. 9 § 8, *De acq. rer. dom.*).

lui qui s'en empare dans une intention de lucre, soit après que les flots les ont rejetées, soit en pleine mer, commet un vol; et il n'y a pas grande différence à faire entre ces choses et celles que dans sa course un chariot laisse tomber à l'insu des propriétaires.

231. La tradition *incertæ personæ* est celle par laquelle nous nous dessaisissons d'une chose au profit du premier venu qui voudra et pourra s'en emparer. Elle se caractérise par deux traits spéciaux : 1° il est difficile de trouver ici les éléments d'une véritable convention; il y a plutôt simple coïncidence de deux volontés isolées, l'une qui tend à se dépouiller, l'autre qui tend à acquérir; 2° un laps de temps plus ou moins long, quelquefois très-bref, s'écoule toujours entre le dessaisissement du *tradens* et la prise de possession par l'*accipiens*, de sorte que la chose reste au moins un instant sans possesseur.

Les Institutes nous présentent de cette tradition les deux applications suivantes : 1° un magistrat, et ce pourrait être aussi bien un particulier, lance des pièces de monnaie au milieu de la foule; il est réputé les livrer à qui les ramassera, car il n'a certainement pas l'intention pure et simple de se dépouiller (§ 46 *sup.*). Plus d'un prince, courtisan de la multitude, chercha dans cette forme grossière de générosité les éléments d'une popularité facile (Suétone, *Calig.*, 18 et 37; *Nero*, 11); 2° un propriétaire fait abandon pur et simple (*derelictio*) d'une chose devenue incommode ou inutile, c'est-à-dire que tout à la fois il s'en dessaisit matériellement et abdique l'*animus domini* (1). Bien qu'il ne se propose pas pour but direct et immédiat de transmettre sa chose à un tiers, comme il consent évidemment à ce que la propriété en soit acquise au premier occupant, on considère encore l'acquisition

(1) Il ne faut assimiler aux choses abandonnées ni les choses perdues, par exemple celles qui tombent d'un véhicule en marche, ni les objets que dans un moment de tempête le *magister navis* aurait fait jeter à la mer pour alléger la charge du navire (§ 48 *sup.*). L'*animus domini* n'a pas été abdiqué dans ces cas. Aussi l'occupation de ces objets n'en ferait point acquérir la propriété immédiate et ne conduirait pas même à l'usucapion (L 21 §§ 1 et 2, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2. — LL. 6 et 7, *Pro derel.*, XLI, 7). Elle constituerait même un *furtum*, si elle avait eu lieu de mauvaise foi.

comme se réalisant ici par la tradition. Telle fut, à mon sens, la doctrine unanime des jurisconsultes. Mais ils se divisèrent sur la question secondaire de savoir à quel moment précis le *derelinquens* perdait la propriété. Et tandis que les Sabiniens, suivis en cela par les jurisconsultes du IIIe siècle et par Justinien, la lui déniaient immédiatement, les Proculiens voulaient qu'il perdît seulement la possession et retînt la propriété jusqu'à ce que la chose eût été occupée par un tiers (L. 2, *Pro derel.*, XLI, 7. — § 47 *sup.*). Dans cette dernière opinion, rien de plus logique que de rattacher à la tradition l'acquisition des choses abandonnées. Mais ne semble-t-il pas que les Sabiniens, et par conséquent Justinien, n'y dussent voir qu'une application particulière de l'occupation, seul mode d'acquérir les choses sans maître? C'est là, en effet, une doctrine assez répandue parmi les interprètes: et pourtant, je n'hésite pas à le dire, elle n'a rien de romain. Je remarque, en effet, que le Sabinien Pomponius (L. 5 § 1, *Pro derel.*) assimile la *res derelicta* aux pièces de monnaie jetées dans la foule, et attribue au *derelinquens* l'intention de faire acquérir la chose à un tiers. Je remarque de plus que les choses *nullius*, celles qu'on occupe, sont l'objet d'une possession *pro suo* (L. 2, *Pro suo*, XLI, 10), tandis que les choses abandonnées font l'objet d'un titre de possession spécial (*Pro derel.*, XLI, 7). Aussi Justinien, tout en consacrant l'opinion sabinienne, rattache-t-il bien formellement (*qua ratione*, § 47 *sup.*) l'acquisition de la chose abandonnée à la tradition, et il n'y a là, selon moi, aucune inadvertance (1). Que si l'on cherche pourquoi tous les jurisconsultes se réunirent dans une telle doctrine, je crois pouvoir en donner cette raison décisive : une chose abandonnée n'est pas absolument comparable à la chose qui a toujours été *res nullius;* en effet, l'abandon n'a pas pu effacer les droits réels dont elle était antérieurement grevée, et comme celui qui s'en empare est évidemment tenu de respecter ces droits, il est en ce sens l'ayant cause du *derelinquens*. C'est, je pense, pour expliquer rationnellement ce résultat équitable que l'on s'accorda à reconnaître ici une *traditio incertæ personæ;* et il est difficile,

(1) Si l'on m'objecte que j'admets une tradition sans *tradens*, voici ma réponse : Sans aucun doute, toute tradition met en jeu deux personnes, l'une qui se dessaisit des éléments de la possession, l'autre qui les acquiert. Mais tandis que d'ordinaire ce dessaisissement et cette acquisition s'opèrent ensemble et d'un seul trait, ici un intervalle plus ou moins long les sépare, et la tradition s'accomplit en deux temps. Les deux acteurs nécessaires s'y retrouvent bien : mais au lieu de jouer leur rôle simultanément, ils le jouent l'un après l'autre.

cela étant, de nier que la doctrine qui maintenait le droit du *derelinquens* jusqu'à l'occupation de la chose par un tiers, fût, je ne dis pas plus vraie en elle-même et plus simple, mais plus sévèrement logique (1).

DE L'USUCAPION ET DE LA *LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO.*

SOMMAIRE : I. Notion générale de l'usucapion; sa double fonction. — II. De la *justa causa.* — III. De la *bona fides.* — IV. De la durée et de la continuité de la possession requise : de l'*accessio possessionum.* — V. Des causes externes qui rendent l'usucapion impossible. — VI. Des effets de l'usucapion accomplie. — VII. Situation spéciale du possesseur qui a reçu du fisc la tradition d'une *res aliena.* — VIII. De l'usucapion *pro herede* et de l'*usureceptio.* — IX. De la *longi temporis præscriptio.* — X. Fusion de l'usucapion et de la *longi temporis præscriptio* dans le droit de Justinien. Innovations de ce prince.

I. — NOTION GÉNÉRALE DE L'USUCAPION.

232. Comme la tradition, l'usucapion est une manière d'acquérir la propriété par la possession (L. 25, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3), avec cette différence profonde qu'ici le transport de propriété, au lieu de s'opérer immédiatement et comme conséquence nécessaire de la possession une fois acquise, n'en résulte qu'à la longue et moyennant certaines conditions. Il faut, en effet, 1° que la possession repose sur une *justa causa;* 2° qu'elle ait commencé, au moins dans la plupart des cas, de bonne foi; 3° qu'elle se soit prolongée sans interruption pendant un an pour les meubles, pendant deux ans pour les immeubles (Ulp., XIX § 8).

Envisagée à l'époque classique, l'usucapion s'applique dans deux sphères d'hypothèses absolument différentes, elle remplit une double

(1) Au fond, l'intérêt pratique de la controverse entre les deux écoles était double : 1° dans l'opinion sabinienne, l'occupation de la chose abandonnée ne pouvait jamais contenir les éléments d'un *furtum.* Il en devait être autrement, d'après les Proculiens, si le *derelinquens* avait repris l'*animus domini* et que ce changement de volonté fût connu de l'occupant (L. 43 § 5, *De furt.*, XLVII, 2); 2° selon les Sabiniens, la chose devenait toujours la propriété immédiate de l'occupant, tandis que les Proculiens devaient admettre la nécessité de l'usucapion quand il s'agissait d'une *res mancipi.* Leur doctrine avait donc pour résultat d'assurer mieux l'observation stricte des formes d'aliéner établies par le droit civil : elle empêchait qu'au lieu de recourir à la mancipation ou à l'*in jure cessio*, les parties ne s'entendissent pour simuler l'une un abandon, l'autre une prise de possession spontanée. Ce second intérêt a disparu sous Justinien.

fonction : 1° elle convertit la propriété bonitaire en domaine quiritaire (n° 229). A ce point de vue, elle est utile, et la loi l'accorde non-seulement à celui qui a reçu du véritable propriétaire la simple tradition d'une *res mancipi*, mais encore à toute personne qui pour une autre cause aurait seulement *in bonis* des choses *mancipi* ou *nec mancipi* (Gaius, II, § 41; III, § 80). Dans cette première fonction, l'usucapion vient compléter la volonté d'aliéner et d'acquérir que la tradition n'accusait que d'une manière imparfaite, et elle nous apparaît comme un instrument manifeste d'équité : c'est le droit civil se prêtant lui-même à la réparation de ses propres iniquités et de ses insuffisances; 2° elle convertit la simple possession de bonne foi en propriété quiritaire. A ce point de vue, elle est nécessaire à celui qui reçoit une chose, soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, d'un autre que le propriétaire et sans la volonté de celui-ci (Gaius, II, § 43) (1). Mais ne semble-t-il pas qu'ici l'usucapion se résolve en une consécration légale de l'usurpation? En fait, tel sera bien quelquefois le résultat; mais comme idée générale, rien de plus superficiel et de plus faux. Qu'un instant, en effet, l'usucapion disparaisse : est-ce que le plus légitime propriétaire pourra toujours établir son droit, c'est-à-dire prouver non-seulement qu'il a fait une acquisition régulière dans la forme, mais que son auteur était propriétaire, que l'auteur de son auteur l'était lui-même et ainsi de suite? De toute évidence, à force de remonter dans les ténèbres du passé, un moment viendra où juges et parties cesseront de voir clair. L'usucapion dispense donc le propriétaire d'une preuve impossible ou difficile (L. 4, C., *De usuc. pro empt.*, VII, 26) : dans un but supérieur d'ordre et de sécurité, et au mépris de quelques injustices accidentelles qui après tout n'atteindront guère que des gens négligents, elle tend à prévenir l'incertitude de la propriété (Gaius, II, § 44), elle met un terme aux procès (Cic., *pro Cec.*, 26), et Gaius a raison de dire qu'elle a été introduite pour le bien public (L. 1, *De usuc. et usurp.*, XLI, 3). Tout ce que l'on peut critiquer ici, c'est l'extrême brièveté du délai; et encore cette critique n'est-elle guère fondée pour l'époque ancienne où les Romains formaient un peuple peu nombreux, où leur

(1) L'usucapion eut-elle dès le début ces deux fonctions? L'ordre dans lequel Gaius les présente et surtout la façon dont il s'exprime au § 43 (*Ceterum etiam earum rerum*, etc.) ont permis de conjecturer qu'à l'origine elle ne s'appliquait qu'aux *res mancipi* simplement livrées *a domino*.

vie était sédentaire et leur territoire très-borné, où tous par conséquent surveillaient assez aisément leurs biens.

Je dois ajouter tout de suite que la première application de l'usucapion disparut avec la propriété bonitaire, et qu'en conséquence il n'en est plus question dans la compilation de Justinien. C'est assez dire qu'en expliquant les diverses conditions requises pour usucaper, je me référerai d'une manière plus particulière, sinon tout à fait exclusive, à l'usucapion de la chose d'autrui.

II. — DE LA *justa causa* (1).

Lib. II, tit. VI, *De usucapionibus et longi temporis possessionibus*, § 11. — Error autem falsæ causæ usucapionem non parit : veluti si quis, quum non emerit, emisse se existimans, possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.

Mais la croyance erronée à une juste cause n'engendre pas d'usucapion, par exemple, lorsqu'une personne qui n'a point acheté croit avoir acheté, ou que, n'ayant pas reçu de donation, elle possède comme donataire.

233. Cette condition, que les Institutes mentionnent plusieurs fois sans la définir (pr., §§ 10 et 11, *De usucap.*), doit être entendue très-différemment selon que la possession dérive d'une tradition proprement dite ou d'un acte de l'autorité.

Si nous nous attachons d'abord à la première hypothèse, de beaucoup la plus délicate, la théorie romaine nous apparaît dépourvue d'unité, véritable amalgame de deux points de vue tout différents. Il y a des cas, en effet, où la *justa causa usucapiendi* se confond avec la *justa causa* de la tradition elle-même, où par conséquent, sans qu'il y ait à rechercher le motif déterminant des parties, il suffit que l'une ait livré la chose avec l'intention de l'aliéner et que l'autre l'ait reçue avec l'intention de l'acquérir (2). Voici notamment deux applications remar-

(1) En consultant les divers textes du Code que j'aurai l'occasion de citer, on trouvera souvent les expressions *titulus* et *justus titulus* employées comme synonymes de *causa* et de *justa causa*. Quoique rares au Digeste, elles ne sont pas non plus absolument étrangères à la langue des jurisconsultes (L. 46, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3. — L. 1 pr., *Pro dote*, XLI, 9).

(2) On peut, en effet, tenir pour certain qu'il n'y a pas d'usucapion possible à la suite d'une prise de possession purement spontanée. On opposerait vainement une décision de Papinien (L. 8, *Pro leg.*, XLI, 8) portant que le légataire qui prend possession de la chose indépendamment de toute tradition usucape néanmoins. Il

quables de cette idée : 1° une chose ayant été abandonnée par un possesseur qui n'en était pas propriétaire, je m'en empare, la croyant ou absolument *res nullius* ou délaissée par le véritable propriétaire. Nul doute que l'usucapion procède, bien qu'il soit impossible de découvrir ici la moindre juste cause en dehors de cette tradition *incertæ personæ* que les Romains reconnaissent dans la *derelictio* (L. 4, *Pro derel.*, XLI, 7) ; 2° devant me marier, je reçois à titre de dot, soit une somme d'argent, soit une chose non estimée; dès à présent je commence à usucaper, quoiqu'il n'y ait encore ni mariage ni dot, et que par conséquent la *justa causa* ne puisse pas non plus être placée en dehors de cette volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir qui est un des deux éléments de la tradition (L. 1 § 2, *Pro dot.*, XLI, 9). Généralisant l'idée qui ressort de ces deux décisions, on arriverait à dire qu'en supposant remplie, s'il y a lieu, la condition de la bonne foi, le possesseur usucape dans tous les cas où la tradition l'aurait rendu immédiatement propriétaire, si un obstacle ne se fût rencontré soit dans la qualité de la chose qui est *res mancipi*, soit dans la personne du *tradens* qui n'était pas propriétaire ou ne pouvait aliéner. Mais cette généralisation, les Romains ne l'ont pas faite ; et les décisions que je viens de relever doivent, comme toutes celles qui pourraient procéder de la même idée, être tenues pour exceptionnelles. La règle générale, c'est que la *justa causa usucapiendi* consiste dans un fait juridique antérieur à la tradition ou tout au moins indépendant d'elle, dans un fait qui par lui-même dénote la double intention d'aliéner et d'acquérir, qui par conséquent motive et explique la tradition, celle-ci n'intervenant que pour l'exécuter, s'il s'agit d'un fait générateur d'obligation, tel qu'une stipulation, une vente ou un legs; pour lui donner force et le rendre irrévocable, s'il s'agit d'un fait qui n'oblige pas, tel qu'une convention d'échange ou de donation (1). Ici, on le voit, les Romains obéissent à une loi psycho-

est évident que cette décision se référait à un legs *sinendi modo*, legs qui selon plusieurs jurisconsultes obligeait l'héritier à laisser prendre la chose plutôt qu'à la livrer (Gaius, II, § 214). Dans cette doctrine le légataire se faisait en quelque sorte tradition à lui-même, ou, si l'on aime mieux, il complétait, en prenant la chose, une tradition commencée par le défunt.

(1) C'est parce que la *justa causa usucapiendi* réside dans un fait indépendant de la tradition que le mot *titulus*, qui signifie proprement *inscription*, *étiquette*, peut fonctionner ici comme synonyme de *causa*. Mais cette synonymie ne se comprendrait pas quand il s'agit de la juste cause de la tradition. Il faut remarquer, au surplus, que lorsque le fait constitutif de la *justa causa* est subordonné à une condition, la tradition faite *pendente conditione* ne place pas encore l'acquéreur *in*

logique bien méconnue dans leur théorie de la tradition, à cette loi qui nous fait invinciblement chercher la raison de nos actes en dehors d'eux-mêmes; il est bien certain, en effet, qu'on ne livre pas une chose uniquement pour la livrer, et que la tradition est plutôt un moyen qu'un but (1).

causa usucapiendi (L. 2 § 1, *Pro empt.*). Même observation quand, la *justa causa* étant pure et simple, c'est l'effet de la tradition qui se trouve subordonné à une condition. Ainsi l'acheteur qui n'a ni payé ni fourni une satisfaction ou obtenu un terme, n'usucape pas, encore que la vente soit pure et simple. Car, même ayant acheté *a domino*, il ne serait pas devenu propriétaire (*Fr. Vat.*, § 1. — L. 2, *De exc. rei. vend.*, XXI, 3. — L. 4 § 32, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4).

(1) Selon que la possession dérive de telle ou telle cause, l'usucapion peut exiger certaines conditions spéciales, et ce fut là pour les jurisconsultes une raison de distinguer avec un certain soin les diverses *justæ causæ usucapiendi*. On peut les classer en deux groupes, les unes se référant à un fait précis, unique, invariablement le même; les autres, au contraire, comprenant plusieurs faits de nature très-différente.

Les principales *justæ causæ* de la première classe, la plupart objet d'un titre spécial, soit au Digeste, soit au Code, sont les suivantes :

1° *Pro emptore.* — On qualifie ainsi non-seulement la possession d'un véritable acheteur relativement à la chose vendue, mais aussi celle d'un défendeur à la revendication qui paye la *litis æstimatio* et garde la chose revendiquée (L. 1, *Pro empt.*, XLI, 4), ainsi que celle d'un mari qui avant ou pendant le mariage reçoit à titre de dot des *res æstimatæ* (*Fr. Vat.*, § 111). On verra bientôt (n° 236) que l'usucapion fondée sur le titre *pro emptore* comporte des règles spéciales soit quant au moment où il faut se placer pour apprécier la bonne foi, soit quant au point de départ du délai.

2° *Pro dote.* — Il faut supposer des objets constitués en dot sans estimation. Cette *justa causa* n'existe qu'au moment où le mariage est contracté. Jusque-là c'est au titre *pro suo* que le futur mari usucape (*Fr. Vat.*, § 111).

3° *Pro donato.* — Suffisait-il ici que la bonne foi eût existé *in ingressu possessionis?* On verra que ce point avait été discuté entre les jurisconsultes (n° 236).

4° *Pro transactione.* — J'usucape à ce titre non-seulement la chose non litigieuse que mon adversaire me cède en retour de la prétention que j'abandonne, mais aussi la chose litigieuse qu'il consent à me laisser (L. 8, C., *De usuc. pro empt.*, VII, 26. — L. 29, *De usurp. et usuc.*).

5° *Pro legato.* — Cette sorte d'usucapion implique chez le possesseur *factio testamenti* avec le défunt (L. 7, *Pro leg.*, XLI, 8).

6° *Pro derelicto.* — J'ai montré que cette *justa causa*, établie au profit de celui qui possède une chose abandonnée *a non domino*, et même, selon les Proculiens (n° 231), au profit du possesseur d'une *res mancipi* abandonnée *a domino*, ne rentre pas dans la théorie générale (n° 233).

7° *Pro judicato* (L. 3 § 1, *De Publ.*, VI, 2). — Ce titre, fort difficile à comprendre, a donné lieu à de longues controverses entre les interprètes. Quelques-uns l'appliquent dans les deux hypothèses suivantes : 1° le défendeur condamné dans une action réelle ou personnelle paye avec des deniers qui ne lui appartiennent pas ou donne en payement une *res aliena;* 2° dans une action personnelle arbitraire, le défendeur, sur l'ordre du juge et afin d'obtenir son absolution, livre la chose due, mais cette chose n'est pas à lui. — Sans nul doute le demandeur de bonne foi

Cette théorie admise, et elle ne saurait être repoussée, il en ressort qu'une tradition faite *a domino* nous transfère la propriété plus facilement qu'une tradition faite *a non domino* ne nous place *in causa usucapiendi*. Supposez, par exemple, qu'un individu qui ne me doit rien s'imagine être mon débiteur : s'il me livre en payement une chose dont

usucape dans ces deux cas; mais ne peut-on pas soutenir que dans le premier c'est au titre *pro soluto*, et dans le second en vertu du titre même qui servait de base à sa demande? Quant à moi, j'incline à croire que l'usucapion *pro judicato* s'applique principalement aux choses restituées sur l'ordre du juge par le défendeur à l'action réelle, et cela dans les deux cas suivants : 1° la chose revendiquée est une *res mancipi* que le défendeur avait usucapée *pendente judicio*, et qu'il a restituée au demandeur sans la lui manciper. Ce premier cas ne peut plus se présenter dans le droit de Justinien; 2° la chose revendiquée n'appartenait pas au demandeur; mais il la croyait sienne, et cette croyance durait encore au jour où la chose lui a été restituée. On objecte, il est vrai, que la sentence par laquelle le juge reconnaît la propriété du demandeur n'est que déclarative et non translative, et cela est vrai (L. 8 § 4, *Si serv. vind.*, VIII, 5). Mais l'objection ne m'arrête pas; en effet, nous verrons plus tard que pendant fort longtemps la restitution ordonnée par le juge resta facultative pour le défendeur, et alors il est évident que s'il consentait à la faire, il avait l'intention d'aliéner, de même que le demandeur avait eu l'intention d'acquérir. Je reconnais du reste que le jour où le *jussus* du juge comporta l'exécution par la force publique, cette application de l'usucapion *pro judicato* n'aurait pas dû être maintenue. Au surplus, on verra bientôt que le titre *pro judicato* peut s'expliquer d'une façon toute différente de celles que j'indique ici (page 562, note 1).

8° *Pro noxæ deditio* (L. 3 § 24, *De acq. vel amitt. poss.*). — Il faut supposer ici que le simple possesseur d'un esclave qui a commis un délit l'abandonne à la partie lésée, soit pour éviter une poursuite ou une condamnation, soit pour se libérer de la condamnation prononcée.

La seconde classe de *justæ causæ* n'en comprend que deux qu'on appelle *pro soluto* et *pro suo*.

L'usucapion *pro soluto* s'applique toutes les fois qu'un créancier reçoit la tradition ou de la chose même qui lui est due ou d'une autre chose qu'il veut bien agréer à la place (L. 46, *De usurp. et usuc.*). En ce sens un acheteur, un légataire, usucapent, si l'on veut, *pro soluto* en même temps que *pro emptore* et *pro legato*. Mais cette expression ne s'emploie, elle n'a de valeur technique qu'autant que la cause de la possession n'a pas reçu une dénomination plus spéciale. Ainsi un prix de vente ou de bail, la chose livrée en exécution d'une stipulation ou d'un contrat de société s'usucapent *pro soluto*.

Quant au titre *pro suo*, il est inhérent à toute possession *animo domini*, et en ce sens il est contenu dans tous les autres titres d'usucapion (L. 1 pr., *Pro suo*, XLI, 10). Mais spécialement la possession et l'usucapion sont ainsi qualifiées, quand il est impossible de les rattacher à un titre muni d'un nom technique. Outre l'exemple cité plus haut à propos du titre *pro dote*, je citerai les deux suivants : 1° J'achète de bonne foi une esclave volée, elle conçoit et accouche chez moi, ma bonne foi durant encore. Puis-je usucaper l'enfant? Les jurisconsultes ne s'accordèrent pas sur les conditions requises pour cette usucapion (L. 4 pr., *Pro suo*. — L. 4 § 18, *De usurp. et usucap.*). Mais il est certain que là où elle est possible, elle procède au titre *pro suo*. Car je n'ai pas acheté l'enfant (L. 42, *De evict.*, XXI, 2). 2° Un père, distribuant ses biens entre les enfants qu'il a en sa puissance, assigne

il est propriétaire, elle devient mienne immédiatement et encore que je sache très-bien n'être pas créancier. Si au contraire, dans les mêmes circonstances, il me livre une *res aliena* que je crois sienne, je ne suis pas admis à usucaper; et assurément cette sévérité plus grande n'a rien d'étonnant pour qui considère que l'usucapion dépouillerait le propriétaire sans son fait ni sa volonté. La même théorie conduirait à décider que, même me croyant créancier, je ne puis pas usucaper, car mon erreur ne donne pas la réalité à une juste cause qui fait défaut. Toutefois il y a ici une difficulté rentrant dans l'examen d'une question plus générale.

234. Cette question se pose dans deux ordres d'hypothèses : 1° je crois à une vente qui n'a jamais été conclue, à un legs qui n'a jamais été laissé, en un mot à une juste cause qui manque absolument; 2° je crois, par suite d'une erreur de fait (1), à la validité d'un titre qui existe en fait, mais qui est nul en droit. Par exemple, une dot m'a été constituée, mais le mariage est nul et avec lui la constitution de dot. — La tradition faite en vertu de ce titre inexistant ou nul me permet-elle d'usucaper? ou, pour présenter la question sous sa forme traditionnelle, le titre putatif remplace-t-il le titre réel (2)? Les Institutes, sans distinguer, tranchent la question dans un sens négatif (§ 11 *sup.*). Mais si nous nous reportons à l'époque classique, nous voyons Hermogénien, le plus récent peut-être des jurisconsultes du Digeste, attester que de longues controverses avaient partagé les prudents (L. 9, *Pro leg.*, XLI, 8), et dès lors rien de surprenant si ce recueil paraît tantôt nier absolument, tantôt consacrer non moins absolument l'équivalence du titre putatif au titre réel. Toutefois dans une doctrine intermédiaire, que professent très-expressément Africain et Nératius (L. 11, *Pro empt.*, XLI, 4 — L. 5 § 1, *Pro suo*, XLI, 10), on distingue : on prend pour règle la nécessité d'une juste cause réelle, mais on se contente

à l'un d'eux une *res aliena*. Lui mort, si ses enfants conviennent d'observer ce partage, qui à l'époque classique est dépourvu de toute valeur légale (*Fr. val.*, § 294), c'est au titre *pro suo* que le possesseur de la *res aliena* usucapera (L. 4 § 1, *Pro suo*).

(1) C'est, en effet, une règle générale, qu'une erreur de droit ne peut jamais servir de fondement à l'usucapion (L. 31 pr., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3. — L. 4, *De jur. et fact. ignor.*, XXII, 6).

(2) La première forme que je donne à la question montre assez que dans ma pensée le doute porte seulement sur la nécessité d'une juste cause, mais que la tradition reste exigée en principe (L. 4 § 2, *Pro suo*). Et cela explique pourquoi l'on n'usucape jamais les choses qu'on croit abandonnées et qui ne le sont pas (L. 6, *Pro derelict.*, XLI, 7).

du titre putatif toutes les fois que l'erreur est plausible, c'est-à-dire n'implique pas une négligence grossière et une étourderie sans excuse. Je croirais volontiers que cette circonstance d'une erreur plausible doit être réputée sous-entendue dans les textes qui admettent l'usucapion sans juste cause, et absente dans ceux qui la repoussent ; de telle sorte que la controverse aurait beaucoup moins porté sur le principe lui-même que sur le nombre et l'étendue des exceptions qu'il pouvait recevoir (1). Partant de là, et sauf les divergences de détail auxquelles se prête une doctrine si vague et si élastique, je dirai que l'erreur peut être reconnue plausible et l'usucapion admise dans les hypothèses qui suivent : 1° L'erreur porte sur le fait d'autrui. Par exemple, j'ai chargé mon esclave ou mon mandataire de m'acheter une chose, et je crois qu'ils ont exécuté ma volonté. Tel est bien le cas prévu dans les textes précités d'Africain et de Nératius, et Pomponius paraît poser en règle générale que l'erreur sur le fait d'autrui est excusable (L. 3 pr., *De jur. et fact. ign.*, XXI, 6) (2). 2° Le titre existe en fait, mais il est nul en droit. Ainsi Proculus admet sans hésiter qu'un homme épousant une femme esclave qu'il croit libre usucape les valeurs par elle apportées en dot (L. 67, *De jur. dot.*, XXIII, 3) (3); et telle est aussi la décision de Paul dans le cas où j'aurais acheté d'un pupille que je croyais pubère ou d'un fou que je croyais sain d'esprit

(1) Ce point de vue n'a pas seulement l'avantage d'atténuer la portée de la controverse ; il est le seul acceptable si l'on ne veut pas trouver un même jurisconsulte en contradiction avec lui-même. Ainsi Ulpien, qui paraît repousser assez absolument le titre putatif (L. 27, *De usurp. et usuc.*), l'admet pourtant au moins dans un cas (L. 5, *De publ.*, VI, 2). Paul, au contraire, qui se contente assez volontiers de ce titre, le rejette dans l'hypothèse d'un legs absolument inexistant (L. 2, *Pro leg.*).

(2) C'est par cette même idée que j'expliquerais la loi 3, *Pro herede* (XLI, 5). Héritier, je puis usucaper les choses que je crois appartenir à l'hérédité et qui ne lui appartiennent pas. Car je me trompe seulement sur le fait du défunt, m'imaginant qu'il a acheté, reçu une donation, etc. Mais il faut supposer qu'il n'a pas possédé, sans quoi ma possession ne vaudrait pas plus que la sienne dont elle serait la continuation (L. 4, *De præscr. long. temp.*, VII, 33). Au surplus, il est remarquable que la tradition manque ici, mais elle ne manque pas moins lorsque mon esclave me persuade faussement qu'il a acheté une chose et me la remet. Et Nératius paraît pourtant bien considérer cette remise comme équivalente à une tradition. Cette première espèce d'erreur plausible est donc tout à fait exceptionnelle.

(3) Ulpien, au contraire, décide absolument qu'où il n'y a pas de mariage il n'y a pas usucapion des choses apportées en dot (L. 1 § 4, *Pro dote*, XLI, 9). Ce jurisconsulte est peut-être celui qui exige le plus sévèrement la *justa causa;* et cela doit paraître naturel, si l'on se rappelle qu'il admet moins facilement que les autres l'effet translatif d'une tradition même faite *a domino* (page 541, note 1).

(L. 13 § 1, *De usurp. et usuc.* — L. 2 §§ 15 et 16, *Pro empt.*) (1). 3° Le titre a existé en fait et en droit, mais il a perdu sa valeur légale : par exemple, c'est un legs qui a été valablement fait et valablement révoqué (LL. 4 et 9, *Pro legat.*). 4° J'ai reçu la tradition d'une somme d'argent ou de toute autre chose en payement d'une dette qui n'existait pas (L. 48, *De usurp. et usuc.* — L. 2 pr., *Pro empt.* — L. 3, *Pro suo.* — L. 15 § 1, *De cond. ind.*, XII, 6) (2). Rien de plus naturel, en effet, que de me croire créancier, lorsque la personne intéressée à nier mon droit l'affirme elle-même en venant payer. — Dans tous ces cas, la juste cause manquant, l'usucapion n'est fondée que sur le titre *Pro suo* (L. 3, *Pro suo.* — L. 27, *De usurp. et usuc.*) (3).

Telle était la doctrine classique, doctrine qui, sous prétexte de concilier l'équité et les principes, aboutissait, dans la théorie, à multiplier les controverses de détail; dans la pratique, à encourager l'esprit de chicane par les questions de fait très-délicates que son application soulevait. Aussi est-il remarquable qu'à partir de Dioclétien toutes les constitutions impériales paraissent exiger absolument le titre réel (L. 24, C., *De rei vind.*, III. 32. — L. 22, C., *Famil. ercisc.*, III, 36. — L. 3, C., *Pro donat.*, VII, 27. — L. 5, C., *De præscript. long. temp.*, VII, 33). Il y a donc véritablement antinomie entre le droit du Digeste et le droit du Code, par conséquent incohérence dans l'œuvre de Justinien et impossibilité de savoir s'il entend retourner en arrière ou s'en tenir aux décisions les plus récentes.

(1) Si dans ces diverses hypothèses j'ai connu la condition de la femme, l'âge du pupille ou l'état mental du fou, il est certain que l'usucapion est impossible, car je ne puis croire à l'existence d'une juste cause sans commettre une erreur de droit. Même distinction, lorsque l'acquéreur a traité avec un pupille autorisé par un tuteur qui n'a pas le droit de fournir son *auctoritas* ou qui ne pouvait pas la donner seul (L. 4, *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 8).

(2) Dans les deux premiers textes cités, Paul excepte le cas où une chose aurait été livrée comme vendue, alors qu'il n'y a pas eu de vente; et il explique cette exception par la règle qui exige la bonne foi de l'acheteur dès le moment même du contrat, ce qui suppose autre chose qu'un contrat putatif (n° 236). De cette nécessité d'une vente réelle il suit que si j'ai acheté l'esclave Stichus et que par erreur un autre esclave me soit livré à sa place, il n'y a pas d'usucapion possible; car la chose vendue n'a pas été livrée, et la chose livrée n'a pas été vendue (L. 2 § 1, *Pro empt.*, XLI, 4).

(3) On peut conjecturer que, lorsque l'usucapion ne tendait pas à dépouiller un tiers ou un incapable, je veux dire quand il s'agissait d'une *res mancipi* livrée par le propriétaire lui-même, supposé pubère et sain d'esprit, le titre putatif était plus facilement assimilé au titre réel. Naturellement, la compilation de Justinien ne prévoit pas cette hypothèse devenue impossible.

235. Passons à l'hypothèse d'une possession dérivant d'un acte de l'autorité. Ici la *justa causa* consiste dans la volonté du magistrat (L. 11, *De acq. vel amitt. poss.*) : *juste possidet*, dit Paul, *qui prætore auctore possidet* (1). Mais tantôt cette volonté se manifeste simplement par une disposition générale de l'édit, tantôt elle est formulée dans un décret spécial rendu après examen. Au premier cas, et tel est notamment celui d'un *bonorum possessor* et d'un *bonorum emptor* (Gaius, III, § 80), la juste cause existe par la seule réalisation du fait prévu dans l'édit. Au second cas, il faut de plus que ce fait ait été vérifié et sanctionné par le magistrat. C'est ainsi qu'un esclave ayant commis un délit, si son maître est absent et que personne ne défende à l'action noxale, le préteur autorise la personne lésée à prendre possession du délinquant et à l'usucaper (L. 26 § 6, *De noxal. act.*, IX, 4).

Reste à faire observer que la juste cause ne se présume jamais. Au possesseur incombe, par conséquent, l'obligation de la prouver (L. 13 § 2, *De publ. in rem*), de même aussi que, lorsqu'il allègue un simple titre putatif, il doit justifier de son erreur et de la légitimité de cette erreur (2).

III. — DE LA *bona fides*.

236. La bonne foi n'est autre chose ici qu'une erreur de fait (3) consistant à croire le *tradens* propriétaire ou tout au moins investi du

(1) Un autre texte porte : *qui auctore judice comparavit bonæ fidei possessor est* (L. 137, *De reg. jur.*, L, 17). Si le mot *judex* n'est pas pris ici comme synonyme de *magistratus*, ce texte signifierait que quiconque est mis en possession par l'ordre du juge peut usucaper, qu'il soit ou non de bonne foi, et nous trouverions là une explication toute simple de l'usucapion *pro judicato*. La possession sur laquelle cette usucapion s'appuie serait de celles qui se rattachent à un acte de l'autorité.

(2) Cette observation suffit à réfuter les auteurs qui n'ont voulu voir dans la *justa causa* qu'un élément de la bonne foi.

(3) On applique ici le principe déjà signalé (page 559, note 1) relativement à l'erreur de droit. Un exemple fera bien comprendre la distinction qui existe entre les deux sortes d'erreur. Supposez qu'un fils de famille me livre une chose appartenant à son père : Si je crois le *tradens* père de famille ou autorisé par son père à aliéner, je ne me trompe que sur un fait, j'usucaperai. Si, au contraire, je m'imagine que les fils de famille peuvent être propriétaires ou aliéner les biens de leur père, mon erreur porte sur un point de droit, je n'usucaperai pas. Au surplus, tandis que dans certaines matières, par exemple dans la théorie de la *condictio indebiti*, l'erreur de droit est réputée excusable à l'égard de certaines personnes, il paraît qu'ici l'on n'en tient jamais compte (LL. 4, 8, 9 pr., §§ 1 à 3, *De jur. et fact. ign.*, XXII, 6. — N° 639).

pouvoir d'aliéner, par exemple à titre de mandataire ou de tuteur (L. 109, *De verb. signif.*, L, 16) (1). De cette définition il suit que la bonne foi est inutile et même inintelligible toutes les fois que la nécessité d'usucaper tient seulement au caractère de la chose qui est *res mancipi*, car ici la tradition est supposée faite ou par le propriétaire lui-même ou par un véritable fondé de pouvoir (2).

Ce cas excepté, et ne nous attachant qu'à l'usucapion des choses livrées *a non domino*, nous devons poser comme règle fondamentale que la bonne foi est requise au moment précis de l'entrée en possession, mais à ce moment seul. Cette règle contient les deux propositions suivantes :

1° La bonne foi n'est pas nécessaire à l'instant du contrat, ni plus généralement à l'instant où se produit le fait constitutif de la *justa causa* (L. 44 § 2, *De usurp. et usuc.*). Si donc j'ai stipulé sciemment la chose d'autrui, il suffit qu'au jour de la tradition je croie le promettant devenu propriétaire (L. 15 § 3, *De usurp. et usuc.*). Par exception, quand il s'agit d'une vente, on exige la bonne foi et au moment du contrat et au moment de la tradition (3), de sorte que celui qui consent

(1) C'est à tort que certains interprètes ont fait rentrer dans la bonne foi l'erreur de fait consistant à croire à la capacité d'un incapable. Les actes d'un incapable étant nuls *ipso jure*, la juste cause manque ici, et tel est bien le point de vue de Paul (L. 2 § 16, *Pro empt.*, XLI, 4). La vraie question dans cette hypothèse est donc seulement de savoir si le titre putatif pourra suppléer au titre réel, et l'on sait que cela importe grandement en ce qui concerne la preuve.

(2) Comme exemple d'usucapion sans bonne foi, on cite encore le cas où, lésé par le délit d'un esclave, j'agis contre le possesseur que je sais n'être pas propriétaire et où je reçois de lui l'abandon noxal. Mais pourquoi puis-je usucaper ici? c'est parce que le propriétaire lui-même, s'il eût été en possession de son esclave, aurait dû ou me le livrer, ou me payer la *litis æstimatio*. En ce sens on peut dire que le possesseur avait pouvoir de faire l'abandon au nom du maître, sauf pour celui-ci le droit, tant que l'usucapion n'est pas accomplie, de m'enlever l'esclave en m'offrant la *litis æstimatio* (L. 28, *De noxal. act.*). Je crois donc qu'une analyse complète doit reconnaître dans notre hypothèse une bonne foi *sui generis*.

La même observation s'applique dans les cas où la possession résulte d'un acte de l'autorité. Quoique l'acquéreur sache très-bien qu'il n'a traité ni avec le propriétaire ni avec une personne autorisée à agir en son nom, Ulpien le considère comme possédant de bonne foi (L. 137, *De reg. jur.*, L, 17).

(3) Cette singularité se rattache à la rédaction de l'édit prétorien sur la Publicienne, rédaction que je considère comme accidentelle plutôt que comme réfléchie. Le préteur, réglant les conditions de l'action publicienne, la donnait expressément à celui *qui bona fide emit* (L. 7 § 11, *De Publ.*). Dès lors, comme cette action n'appartient qu'à la personne dépossédée qui était *in causa usucapiendi*, les jurisconsultes durent, pour satisfaire à la lettre de l'édit, exiger la bonne foi de l'acheteur au jour même du contrat, ce qui ne les empêcha pas de l'exiger aussi, et

à acheter la chose d'autrui ne se la laissera pas livrer, s'il a quelque prudence, sans s'assurer que dans l'intervalle son vendeur en a acquis la propriété. Car c'est pour lui tout l'un ou tout l'autre : ou il sera immédiatement propriétaire, ou il ne le deviendra jamais (L. 7 § 17, *De publ.*, VI, 2. — L. 48, *De usurp. et usuc.* — L. 2 pr., *Pro empt.*).

2° Le possesseur qui a reçu la tradition de bonne foi continue d'usucaper, malgré la survenance postérieure de la mauvaise foi (L. 15 § 2; L. 43, *De usurp. et usuc.*), et cela sans doute parce qu'ordinairement, en retour de la translation de propriété qu'il a cru recevoir, il a donné quelque chose ou pris un engagement. Ce motif conduirait rationnellement à exclure de l'application de notre règle l'usucapion *pro donato* qui tend purement et simplement à enrichir le possesseur. Et, en effet, un texte (L. 11 § 3, *De publ. in rem*) permet de croire que quelques jurisconsultes, notamment Julien et peut-être Ulpien, exigeaient ici que la bonne foi eût persisté jusqu'à l'usucapion accomplie. Et cette conjecture se fortifie quand on voit Justinien proscrire expressément toute différence entre les acquisitions à titre onéreux et la donation (L. unic. § 3, C., *De usuc. transf.*, VII, 31).

Enfin, à la différence de la *justa causa*, la bonne foi se présume toujours; et l'on décide avec raison qu'une stipulation de garantie faite par l'acquéreur ne détruit pas cette présomption (L. 30, C., *De evict.*, VIII, 45).

cela par application de la règle générale, au jour de la tradition. Plusieurs interprètes ont supposé sans preuve que la rédaction de l'édit n'était elle-même que la reproduction du texte des Douze Tables; d'autres, bâtissant sur cette conjecture très-hasardée une autre conjecture encore plus fragile, ont pensé que les Douze Tables se référaient à la mancipation, et que le préteur ou les jurisconsultes auraient faussé le sens de leur texte pour l'appliquer au contrat de vente. Sans discuter cette seconde conjecture que je crois tout à fait inadmissible, puisque la mancipation n'est pas même une *justa causa usucapiendi*, ce qui me porte à considérer comme très-postérieure aux Douze Tables la règle particulière à la vente, c'est que les jurisconsultes discutaient encore au premier siècle de notre ère sur le point de savoir si la bonne foi devait être exigée même au moment de la tradition (L. 10 pr., *De usurp. et usuc.*). Une pareille discussion se comprend dans mon opinion : L'action publicienne était encore récente, et l'on pouvait se demander si le préteur avait voulu en matière d'usucapion *pro emptore* ajouter une condition nouvelle aux conditions déjà exigées, ou au contraire remplacer simplement une de ces conditions par une autre. Mais ce n'est pas là une de ces questions que l'on controverse pendant cinq siècles, et c'est pourtant ce qui aurait eu lieu dans la doctrine que je repousse. Au surplus, un texte de Julien (L. 7 § 4, *pro empt.*, XLI, 4) paraît se contenter de la bonne foi de l'acheteur au moment du contrat. Mais pour le mettre d'accord avec les textes que je cite un peu plus loin, il suffit d'y lire *dissimilis* au lieu de *similis*, et cette correction est tout à fait autorisée par les Basiliques (L, 4, 6).

IV. — DE LA DURÉE ET DE LA CONTINUITÉ DE LA POSSESSION REQUISE. — DE L'*accessio possessionum*.

Lib. II, tit. VI, *De usucapionibus et longi temporis possessionibus*, § 12. — Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat prædium alienum. Quod si ille initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.

La longue possession qui avait commencé à profiter à un défunt se continue pour l'héritier et pour le *bonorum possessor*, quoique ceux-ci sachent que le fonds appartient à autrui. Que si la possession du défunt n'a pas commencé d'une manière régulière, elle ne profite pas à l'héritier ou au *bonorum possessor*, malgré leur propre bonne foi. Nous avons décidé par une constitution que la jonction des possessions aurait lieu pareillement en matière d'usucapion.

§ 13. — Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora divi Severus et Antoninus rescripserunt.

La possession du vendeur se joint aussi à celle de l'acheteur, ainsi que le décide un rescrit des divins Sévère et Antonin.

237. Le délai nécessaire à l'accomplissement de l'usucapion se calcule d'après les deux règles suivantes : 1° On ne compte pas d'heure à heure, mais de jour à jour (L. 6, *De usurp. et usuc.*). 2° On néglige le jour de l'entrée en possession, mais on tient le dernier jour pour accompli dès qu'il est commencé (L. 15 pr., *De div. temp. præscript.*, XLIV, 3) (1). Donc, le jour civil consistant en une durée de vingt-quatre heures qui va de minuit à minuit (2), celui qui entre en possession le premier janvier à une heure quelconque aura terminé son usucapion le premier janvier de la première ou de la seconde année qui suivra, dès qu'aura sonné l'heure de minuit qui sépare ce jour du

(1) On aurait pu exprimer la même idée en disant plus simplement que le jour de l'entrée en possession compte pour un jour plein.

(2) Dans la langue usuelle, cette durée de vingt-quatre heures se partage en deux parties égales, dont l'une est le jour, et l'autre la nuit. Le jour commence à 6 heures du matin et finit à 6 heures du soir. Mais quand la loi parle de jours, il s'agit toujours de jours civils, comprenant vingt-quatre heures. Ainsi tous les enfants nés dans une même durée de vingt-quatre heures comprise entre deux minuits consécutifs sont réputés nés le même jour (Aul.-Gell., III, 2).

trente-un décembre (L. 7, *De usurp. et usuc.*); de sorte qu'en réalité la durée de l'usucapion se réduit à une ou deux années moins une fraction de jour.

Si, avant la pleine expiration du laps de temps requis, la possession venait à cesser par l'une des causes précédemment exposées (n° 216), l'usucapion serait elle-même interrompue (1), elle le serait à l'égard de tout le monde (L. 5, *De usurp. et usuc.*). Le possesseur perdrait donc le bénéfice de sa bonne foi antérieure; et recouvrant plus tard la possession, il devrait recommencer une usucapion nouvelle dans les mêmes conditions que s'il n'avait jamais possédé (L. 15 § 2, *De usurp. et usuc.*). Tel est le principe que l'on applique notamment au captif qui revient à Rome *jure postliminii* (L. 23 § 1, *De acq. vel amitt. poss.* — n° 42), et à la personne qui, violemment dépossédée, rentrerait en possession par l'effet de l'interdit *Unde vi* (L. 7 § 4, *Pro empt.*) (2).

Cette interruption naturelle de l'usucapion par la cessation de la possession est la seule que connaisse le droit classique. Les jurisconsultes ne soupçonnent pas encore ce que nous appelons l'interruption civile (3), d'où il suit que le possesseur actionné en revendication dans

(1) L'interruption de l'usucapion s'appelle *usurpatio*, tandis que dans la langue ordinaire ce mot désigne plutôt l'usage répété d'une chose (L. 2, *De usurp. et usuc.*).

(2) Ce principe s'appliquait-il également quand la possession était recouvrée soit à l'aide des interdits *utrubi* ou *uti possidetis*, soit par l'action publicienne? La question n'est ni résolue, ni même posée dans les textes. Quant aux interdits *utrubi* et *uti possidetis*, comme on les qualifie toujours interdits *retinendæ possessionis*, et cela même dans les cas où leur fonction réelle est plutôt de nous rendre la possession que de nous la conserver, je crois certain qu'ils ont pour résultat de faire réputer l'usucapion n'avoir jamais été interrompue. Quant à l'action publicienne, elle a beau se dénouer par une restitution en nature, l'interruption de la possession n'en demeure pas moins un fait acquis. Sans doute, si le demandeur a conservé sa bonne foi originaire, rien ne l'empêche de commencer une nouvelle usucapion fondée sur le titre même en vertu duquel il a agi; mais c'est là une hypothèse fort rare, car celui qui se croit propriétaire use plutôt de la revendication que de la publicienne. Que décider donc lorsque le demandeur a perdu sa bonne foi avant de recouvrer la possession? Deux solutions se conçoivent : ou bien l'ordre du juge, qui a été exécuté par la restitution de la chose, lui sert de juste titre et le dispense de la bonne foi, de sorte qu'il recommence à usucaper; ou bien il n'usucape pas, mais alors l'éviction à laquelle il demeure exposé a dû être prévue par le juge et le défendeur n'a pu se faire absoudre qu'en s'engageant avec satisdation à réparer, le cas échéant, tout le préjudice qui résulterait de l'éviction.

(3) On en trouve pourtant un cas dans un texte de Nératius (L. 44, *De donat. int. vir. et uxor.*, XXIV, 1). Mais il s'explique par cette idée que dans l'espèce la *justa causa* cesse avant l'achèvement de l'usucapion.

l'année ou dans les deux ans continue néanmoins d'usucaper (L. 2 § 21, *Pro empt.*) Car la poursuite dirigée contre lui n'efface ni sa juste cause ni sa bonne foi, et c'est une des règles de la revendication que la chose demeure entre les mains du défendeur jusqu'à la décision du juge. Il conserve donc toutes les conditions voulues pour usucaper; et ainsi il arrivera facilement, pourvu que l'instance traîne en longueur, que n'étant pas propriétaire au jour de la *litis contestatio*, il le devienne avant le jugement (LL. 17, 18, 20 et 21, *De rei vind.*, VI, 1) (1).

238. Rigoureusement, il faudrait que la personne qui prétend avoir usucapé eût possédé elle-même, soit *corpore suo*, soit *corpore alieno*, pendant toute la durée requise. Mais cette rigueur aurait créé une entrave à la transmission des biens, et de là la théorie de l'*accessio possessionum* ou *accessio temporis* (2). On appelle ainsi le droit appartenant à un individu qui a une possession personnelle (3), d'y ajouter celle de son auteur, comme si les deux possessions n'en faisaient qu'une seule, et de telle façon que l'usucapion s'accomplisse au même moment que si la chose n'avait pas changé de mains. Les règles de l'*accessio possessionum* diffèrent profondément selon qu'il s'agit d'un successeur à titre universel ou d'un successeur à titre particulier. Envisageons donc distinctement les deux hypothèses :

1° Lorsque je succède à titre universel, soit en qualité d'héritier, soit autrement, le principe est qu'une fois la chose appréhendée par moi, les deux possessions n'en font juridiquement qu'une seule (L. 23 pr., *De acq. vel amitt. poss.* — L. 30 pr., *Ex quib. caus. major.*, ~~VI~~, 6). D'où il résulte que, sans qu'il y ait à s'enquérir de ma bonne IV ou de ma mauvaise foi personnelle, je continue toujours l'usucapion commencée par mon auteur, et ne commence jamais celle pour laquelle une des conditions nécessaires lui faisait défaut (§ 12 *sup.* — L. 2 § 19, *Pro empt.* — L. 60, *Loc. cond.*, XIX, 2). Rien de plus simple

(1) Le défendeur succombe néanmoins dans l'instance, puisque le droit du demandeur existait au moment de la *litis contestatio*.

(2) Un texte des Institutes (§ 12 *sup.*) pourrait faire croire que dans le droit classique la théorie de l'*accessio possessionum* était spéciale à la *longi temporis præscriptio*, et elle le fut peut-être au début (L. 76 § 1, *De contr. empt.*, XVIII, 1). Mais d'autres textes prouvent qu'elle avait été étendue à l'usucapion (L. 11, *De divers. temp. præscript.*, XLIV, 3. — L. 2 § 20, *Pro empt.*).

(3) C'est là une condition essentielle pour pouvoir user de l'*accessio possessionum*, soit à titre universel, soit à titre particulier (L. 13 § 12; L. 23 pr., *De acq. vel amitt. poss.*).

que cela, quand la *successio in universum jus* s'opère entre-vifs, par exemple par voie d'adrogation ou de *bonorum emptio,* de telle façon que la chose ne reste pas un seul instant sans possesseur. Mais comment comprendre l'*accessio possessionum* au profit d'un héritier ou d'un *bonorum possessor*? Car la vérité est que pendant la jacence de l'hérédité les choses antérieurement possédées par le défunt n'ont été possédées par personne (L. 1 § 15, *Si is qui test.*, XLVII, 4). La difficulté se résout à l'aide de la fiction célèbre : *Hereditas personam sustinet* (1). L'hérédité est censée avoir possédé pendant tout l'intervalle écoulé entre le décès du défunt et l'entrée en possession de l'héritier (2). Et ainsi disparaît en droit la solution de continuité qui en fait sépare les deux possessions. Mais cela suppose essentiellement que dans l'intervalle la possession n'a pas un seul instant résidé entre les mains d'un tiers (L. 20, *usurp. et usuc.* — L. 6 § 2, *Pro empt.*) (3).

2° Lorsqu'au contraire je succède à titre particulier, par exemple comme acheteur ou comme légataire, ma possession diffère certainement de celle de mon auteur par sa cause, et elle peut en différer aussi par ses caractères. Pour me prévaloir de l'*accessio possessionum*, il faut donc que personnellement je remplisse toutes les conditions voulues à l'effet de commencer moi-même une usucapion nouvelle, ce qui se résume à dire que je devrai être de bonne foi (L. 2 § 17, *Pro empt.*); car ma qualité de successeur ou ayant cause particulier implique une *justa causa*. A cette condition, je bénéficierai non-seulement de la possession de mon auteur immédiat, mais de celle de tous les auteurs successifs qui l'ont précédé, pourvu que ces diverses possessions s'enchaînent en une série non interrompue (L. 15 § 1, *De temp. præscript.*)

(1) On discuta, comme je l'exposerai plus loin (n° 347), si la personne que l'hérédité représente est celle du défunt ou celle de l'héritier futur. La question fut résolue d'une manière générale dans le premier sens, et cette solution n'est peut-être pas sans quelque intérêt en notre matière. Si l'on suppose, en effet, que la chose pouvait être acquise au défunt et qu'au contraire l'acquisition en soit interdite à l'héritier, l'usucapion aura pu s'accomplir pendant la jacence de l'hérédité, puisque c'est la capacité seule du défunt qu'on envisage. Mais je n'irais pas jusqu'à admettre que l'héritier pût après l'adition continuer, nonobstant son incapacité personnelle, l'usucapion qui n'est pas encore acquise.

(2) Par là il arrive souvent que l'usucapion se trouve pleinement accomplie avant l'adition (L. 40, *De usurp. et usuc.*). D'ordinaire, au surplus, la personnalité fictive de l'hérédité s'évanouit au moment même de l'adition. Mais comme à ce moment l'héritier n'a pas toujours les choses héréditaires à sa disposition, il fallait ici prolonger la fiction, à peine de lui ôter le bénéfice de l'*accessio possessionum*.

(3) Du reste nulle nécessité qu'à l'instant du décès la chose fût détenue par le défunt. C'est ainsi que je comprends la loi 13 § 5, *De acq. vel amitt. poss.*

et que chacune ait commencé de bonne foi (1). D'après Justinien (§ 13 *sup.*), cette seconde application de l'*accessio possessionum* aurait été introduite par un rescrit de Septime Sévère et de Caracalla. Mais il est certain que ce rescrit ne fit que consacrer une règle préexistante : j'en trouve la preuve dans un texte de Javolénus, jurisconsulte qui vivait au commencement du second siècle (L. 19, *De usurp. et usuc.*).

V. — DES CAUSES EXTERNES QUI RENDENT L'USUCAPION IMPOSSIBLE.

Lib. II, tit. VI, *De usucapionibus et longi temporis possessionibus*, § 1. — Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram vel religiosam, vel servum fugitivum possideat (Gains, II, §§ 45 et 48).

Mais il peut arriver que l'homme qui possède de la meilleure foi n'usucape néanmoins par aucun laps de temps, par exemple si c'est un homme libre, une chose sacrée ou religieuse, ou un esclave fugitif, qu'il possède

§ 2.—Furtivæ quoque res, et quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt : nam furtivarum rerum lex Duodecim Tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem; vi possessarum, lex Julia et Plautia (Gaius, II, § 45).

Pareillement, les choses une fois volées ou possédées par violence ont beau rester pendant tout le temps voulu aux mains d'un possesseur de bonne foi, elles ne peuvent être usucapées : car la loi des Douze Tables et la loi Atinia prohibent l'usucapion des choses volées, et les lois Julia et Plautia celle des choses possédées par violence.

§3. — Quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere

Quand nous disons que les lois prohibent l'usucapion des choses volées ou possédées par violence, ce n'est pas au voleur lui-même ou à l'auteur de la violence que nous ap-

(1) Il peut arriver que postérieurement à la tradition par moi reçue, la chose retourne aux mains du *tradens*. La recouvrant ensuite, profiterai-je de cette nouvelle possession de mon auteur? Non évidemment (L. 14 pr., *De usurp.* — L. 15 § 5, *De div. temp. præscript.*), et cette décision est très-logique. Lorsqu'en effet le *tradens* m'a une première fois livré la chose, il a entendu me transmettre tout son droit, et c'est en quoi il est devenu mon auteur. Mais quand il me la restitue plus tard, et, à plus forte raison, si je la retrouve sans son fait, il ne me transmet plus rien.

possit, nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident, sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit ut bonæ fidei possessori usucapio competat : nam qui alienam rem vendit (1) vel ex alia causa tradit, furtum ejus committit (Gaius, II, §§ 49 et 50).

pliquons cette prohibition; car une autre raison les empêche d'usucaper, c'est qu'ils possèdent de mauvaise foi, mais nous voulons dire que celui qui de bonne foi leur achèterait la chose ou la recevrait d'eux à un autre titre n'aurait pas le droit d'usucaper. D'où il suit qu'il n'est pas facile à un possesseur de bonne foi d'usucaper des meubles; car celui qui vend ou livre pour une autre cause un meuble appartenant à autrui commet un vol.

§ 4. — Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit usucapere possit, dubium non est; quippe quum ea res in furti vitium non ceciderit, quum utique heres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committit (Gaius, II, § 50).

Cependant il en est quelquefois autrement. Si en effet un défunt avait reçu une chose à titre de commodat, de louage ou de dépôt, et que son héritier, la prenant pour un bien héréditaire, la vende, la donne ou la livre à titre de dot à une personne qui la reçoit de bonne foi, sans nul doute cette personne peut usucaper; en effet, la chose n'a pas pu tomber dans le vice résultant du vol, puisque l'héritier qui l'a aliénée de bonne foi comme sienne n'a pas commis de vol.

§ 5. — Item si is ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit; furtum enim sine affectu furandi non committitur (Gaius, II, § 50).

De même, si l'usufruitier d'une femme esclave, se croyant propriétaire du part, le vend ou le donne, il ne commet pas de vol; car il n'y a pas de vol sans intention de voler.

§ 6. — Aliis quoque modis accidere potest ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et

Il peut encore arriver de plusieurs autres manières qu'une personne aliène la chose d'autrui sans

(1) Il n'y a pas *furtum* à vendre la chose d'autrui; car cette vente est toujours licite, et le *furtum* ne l'est jamais. Le voleur est donc seulement, comme le dit Gaius (II, § 50), celui qui *alienam rem vendidit et tradidit*. Il ressort de cette observation que Justinien, conformément à un usage déjà signalé (page 419, note 1), prend ici le mot *vendere* comme équivalant à *alienare*, et Gaius lui-même, dans l'avant-dernière phrase du § 50, lui en donnait l'exemple.

efficiat ut a possessore usucapiatur (Gaius, II, § 50).

§ 7. — Quod autem ad eas res quæ solo continentur, expeditius procedit ut quis loci vacantis possessionem, propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur : qui, quamvis ipse mala fide possidet, quia intelligit se alienum fundum occupasse, tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri, quia neque furtivum neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati qui res soli possederint, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat (Gaius, II, § 51).

la voler et mette le possesseur en position d'usucaper.

Quant aux biens immobiliers, il arrive facilement que, n'étant pas occupés, soit à raison de l'absence ou de la négligence du propriétaire, soit parce qu'il est mort sans successeur, un tiers s'en empare sans violence : or si ce tiers, tout possesseur de mauvaise foi qu'il est, car il sait bien qu'il occupe la chose d'autrui, la livre à une personne qui la reçoit de bonne foi, cette personne pourra l'acquérir par la longue possession; car la chose qu'elle a reçue n'a été ni volée ni possédée par violence. On a rejeté, en effet, l'opinion de quelques anciens qui pensaient qu'un fonds ou un terrain pouvaient faire l'objet d'un vol. Et des constitutions impériales ont pourvu à l'intérêt des possesseurs d'immeubles, en décidant qu'une possession prolongée et non douteuse ne pourrait plus leur être enlevée.

§ 8. — Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in domini potestatem reversa fuerit; tunc enim, vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.

Parfois la chose volée ou possédée par violence peut être usucapée, cela quand elle est rentrée au pouvoir du propriétaire; alors, en effet, le vice de la chose étant purgé, l'usucapion est possible.

§ 9. — Res fisci nostri usucapi non potest; sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bona fide emptorem traditam rem sibi ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius et divi Severus et Antoninus rescripserunt (Modest., L. 18, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3).

La chose qui appartient à notre fisc ne peut pas non plus être usucapée; mais Papinien a écrit que, tant que des biens vacants n'ont pas été dénoncés au fisc, l'acheteur de bonne foi est admis à usucaper celui de ces biens qui lui aurait été livré ; et les divins Sévère et Antonin ont rendu un rescrit en ce sens.

§ 10. — Novissime sciendum est, rem talem esse debere ut in se non

Enfin, il faut savoir que la chose doit être exempte de tout vice pour

habeat vitium, ut a bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

pouvoir être usucapée par un acheteur de bonne foi ou par tout autre possesseur ayant juste cause.

239. En supposant réunies dans la personne du possesseur les trois conditions qui viennent d'être développées, en supposant de plus qu'il s'agisse d'une chose *in commercio* (§ 1 *sup.*) autre qu'un fonds provincial (Gaius, II, § 46), l'usucapion semble devoir nécessairement s'accomplir. Il est possible cependant qu'elle soit empêchée par un obstacle accidentel, tenant ou à la qualité du propriétaire ou à un vice de la chose (§ 10 *sup.*).

Ne peuvent être usucapées à raison de la qualité du propriétaire les choses suivantes :

1° Les *res mancipi* appartenant à une femme en tutelle, à moins qu'elle ne les ait livrées elle-même avec l'*auctoritas* du tuteur. Posée dans ces termes absolus, cette règle ne fut vraie qu'à l'époque ancienne où la tutelle des femmes était toujours sérieuse. Plus tard, elle perdit son application en dehors des trois tutelles légitimes ; et dans le droit classique elle suppose nécessairement la femme placée sous la tutelle d'un ascendant ou d'un patron, puisque celle des agnats avait disparu (page 397, note 1 ; page 398, note 1.)

2° Les biens du fisc (§ 9 *sup.* — L. 18, *De usurp. et usuc.*) (1). Toutefois, selon la remarque des textes précités, les biens compris dans une succession abandonnée (*bona vacantia*) peuvent être usucapés tant que la vacance n'a pas été déclarée aux représentants du fisc ; à plus forte raison le peuvent-ils, une fois écoulé le délai de quatre années continues que l'on donne au fisc pour exercer ses droits (n° 472).

3° Les *prædia rustica vel suburbana* appartenant à un pupille ou à une personne en curatelle. Car on sait que ces biens ne sont aliénables que dans des cas exceptionnels (n°s 149 et 176), et il est de principe qu'où l'aliénation directe et immédiate est défendue, l'aliénation par la voie oblique et lente de l'usucapion n'est pas permise non plus (L. 28 pr., *De verb. signif.*, L, 16) (2).

(1) On ne peut pas affirmer que la même règle s'appliquât autrefois aux biens de l'*ærarium*.

(2) Ainsi s'explique un texte de Paul d'après lequel les servitudes prédiales qui appartiennent au fonds d'un pupille ne peuvent s'éteindre par le non-usage (L. 10 pr., *Quemadm. servit. amitt.*, VIII, 6). On a eu tort de conclure de cette décision que le droit classique prohibât déjà l'usucapion des biens des pupilles. Il est vrai

4° Enfin les biens quelconques des pupilles, à partir d'une constitution rendue par l'empereur Théodose le Jeune en l'année 424 (L. 3, C., *De præscr. trig. vel quadr. ann.*, VII, 39).

240. Quant aux choses considérées comme vicieuses, et qui à ce titre échappent à l'usucapion, quel qu'en soit le propriétaire, ce sont avant tout les meubles volés et les immeubles occupés par violence (§ 2 *sup.*). Pour les meubles, la prohibition remonte aux Douze Tables et fut reproduite par la loi Atinia rendue en l'an de Rome 537. Pour les immeubles, elle date seulement de la loi Plautia rendue en l'an de Rome 665 et fut renouvelée sous Auguste par une loi Julia *De vi* (1). La disposition de ces deux dernières lois parut nécessaire lorsqu'il eut été reconnu après quelques controverses que les immeubles ne comportaient pas de *furtum* (§ 7 *sup.*) (2).

Les explications relativement longues que les Institutes nous fournissent sur cette matière peuvent se résumer ainsi qu'il suit : 1° Comme le voleur et l'auteur de l'occupation violente manquent nécessairement et de juste cause et de bonne foi, ce n'est pas à eux que la prohibition s'adresse, mais aux personnes à qui eux-mêmes ou d'autres livreraient ultérieurement la chose. Ces personnes ne bénéficient donc pas de leur juste cause et de leur bonne foi (§ 3 *sup.*). 2° La prohibition semble tout d'abord rendre l'usucapion des meubles impossible. Car, dirait-on, ou c'est le propriétaire lui-même qui fait la tradition, et alors il y a transport immédiat de propriété ; ou c'est un tiers, et alors il y a détournement de la chose d'autrui et par conséquent *furtum*. Mais ce ne sont là que des apparences : l'usucapion, en effet, reste applicable dans le droit classique, lorsqu'il s'agit d'un meuble *mancipi* simplement livré par le propriétaire ; même dans le droit de Justinien, elle s'applique si le *tradens* croyait avoir la propriété et ne l'avait pas ; car la tradition de la chose d'autrui ne contient un *furtum* que lorsqu'elle est

que cette conclusion certainement fausse (L. 2, *De eo qui pro tut.*, XXVII, 5. — L. 10, *Quod fals. tut.*, XXVII, 6) paraît appuyée par un autre texte de Paul (L. 48 pr., *De acq. rer. dom.*). Mais les Basiliques (L, 1, 47) nous autorisent à substituer, dans ce dernier texte, le mot *populi* au mot *pupilli*, de sorte que Paul applique simplement ici la règle qui place les biens du domaine public hors du commerce (L. 9, *De usurp. et usuc.*).

(1) Les lois Plautia et Julia statuaient généralement sur les choses possédées par violence ; si je limite leur application aux immeubles, c'est que l'occupation violente d'un meuble constitue un *furtum*, et même un *furtum* d'une gravité particulière (*rapina*) ; elle rentre donc dans les prévisions des lois précédentes.

(2) La loi Atinia ajoutait-elle quelque chose à la loi des Douze Tables, et pareillement la loi Julia à la loi Plautia? C'est ce que nous ignorons absolument.

faite de mauvaise foi, et elle ne l'est pas toujours (1). L'usucapion des meubles sera donc plus rare que celle des immeubles (§ 7 *sup.*); mais elle n'est pas pour cela impossible. 3° Le vice de la chose ne s'efface, quel qu'en fût le détenteur au moment du vol ou de l'occupation violente, que par son retour aux mains et en la puissance du propriétaire (§ 8 *sup.* — L. 4, *De usurp. et usuc.*). Encore ne suffit-il pas qu'il la reprenne à un titre quelconque, par exemple par voie d'achat ou de donation; il faut qu'il la recouvre comme sienne, non pas avec l'intention d'acquérir un droit nouveau, mais avec l'intention de rentrer en fait dans l'exercice d'un droit qui n'a pas cessé de lui appartenir (L. 4 § 12, *De usurp. et usuc.* — L. 86, *De furt.*, XLVII, 2.). Au surplus, sans qu'il ait matériellement appréhendé la chose, il est réputé l'avoir recouvrée par cela seul qu'il lui est possible en fait de la revendiquer (L. 215, *De verb. sign.*, L. 16), et à plus forte raison s'il consent à l'aliéner au voleur ou que celui-ci, poursuivi en revendication, paye la *litis æstimatio* (L. 84, *De furt.*). Même résultat lorsque la chose rentre comme chose volée aux mains de son représentant, par exemple, d'un tuteur ou d'un mandataire (L. 4 § 11, *De usurp.*) (2).

Outre les choses volées ou possédées par violence, on tient encore pour vicieuses et non susceptibles d'usucapion : 1° les choses reçues à titre gratuit par un magistrat contrairement à la *lex Julia repetundarum* (L. 48 pr., *De acq. rer. dom.* — L. 8, *De leg. Jul. repet.*, XLVIII, 11); 2° les immeubles dotaux, à moins que l'entrée en possession ne soit antérieure à la constitution de dot (L. 16, *De fund. dot.*, XXIII, 5). Ces deux prohibitions, auxquelles se réfère peut-être un texte vague des Institutes (§ 10 *sup.*), ne s'adressent ni au magistrat ni au mari, l'un n'étant certainement pas de bonne foi, l'autre étant déjà propriétaire, mais à leurs ayant cause ou aux personnes qui pourraient acquérir d'un tiers. Elles cessent, au surplus, la première par le retour de la chose aux mains du donateur, la seconde par la restitution de la dot.

(1) Outre les cas cités aux Institutes (§§ 4 et 5 *sup.*), il y en a d'autres auxquels Justinien (§ 6 *sup.*) fait une allusion vague. Tels sont notamment les suivants : 1° une chose est abandonnée par un possesseur non propriétaire (L. 4, *Pro derel.*, XLI, 7); 2° elle est livrée par un mandataire qui ignore la cessation de ses pouvoirs (L. 57, *Mand.*, XVII, 1); 3° le possesseur de bonne foi d'une hérédité livre une *res hereditaria* (L. 36 § 1, *De usurp. et usuc.*).

(2) Quant au retour de la chose aux mains d'un mandataire, un texte de Nératius (L. 41, *De usurp. et usuc.*) paraît me contredire. Mais Nératius suppose évidemment que le mandataire, en prenant possession de la chose, ignore le droit du mandant, et alors le vice résultant du *furtum* ne saurait être purgé.

VI. — DES EFFETS DE L'USUCAPION ACCOMPLIE.

241. L'usucapion achevée, l'ancien propriétaire perd *ipso jure* son droit de propriété, partant son action en revendication, et avec elle tous les droits personnels qu'elle seule lui permettait de faire valoir accessoirement. Donc le possesseur ne doit plus aucun compte des dégradations ou pertes imputables à son dol ou à sa faute.

Réciproquement, le possesseur acquiert ce qui est perdu pour l'ancien propriétaire; il acquiert tout cela, mais rien de plus. La chose n'entre donc dans son patrimoine que sous la charge des hypothèques et autres droits réels qui pouvaient la grever antérieurement, comme aussi conserve-t-elle, si c'est un immeuble, les servitudes prédiales qui lui appartenaient (L. 10 § 1; L. 44 § 5, *De usurp. et usuc.* — L. 17 § 2, *De usuf.*, VII, 1) (1). Ces décisions, déduites d'une règle commune à tous les modes de transmission de la propriété (n° 219), rentrent aussi très-bien dans une autre idée que plusieurs textes appliquent (L. 23, *De usurp. et usuc.* — L. 7 § 1, *Pro empt.*) et que les interprètes expriment par cette formule laconique : *Tantum præscriptum, quantum possessum* (2).

A. Que si nous envisageons les rapports du nouveau propriétaire

(1) Je ne distingue pas entre les droits réels dont l'existence est antérieure à la possession du nouveau propriétaire et ceux qui auraient pu être constitués au cours de l'usucapion par l'ancien propriétaire non encore dépouillé de son droit. En cela je m'écarte, il est vrai, de l'idée vulgaire qui fait rétroagir l'usucapion au jour de l'entrée en possession. Mais rien ne me paraît moins démontré que cette prétendue rétroactivité. Et d'abord, comment la concilier avec l'obligation où est le juge de condamner le possesseur qui n'a terminé son usucapion que depuis la *litis contestatio?* En outre, ne voyons-nous pas qu'en principe les acquisitions faites par l'esclave qu'un tiers possède de bonne foi appartiennent à son maître, non au possesseur? Or, les textes présentent le droit du maître comme dès à présent certain, comme indépendant de l'usucapion qui pourrait se réaliser plus tard (Gaius, II, § 92. — Inst., § 4, *per quas person.*, II, 9) : c'est donc qu'elle ne rétroagit pas. Et de là deux conséquences : 1° le propriétaire dépouillé conserve, dans la mesure où il pouvait l'avoir avant l'usucapion, le droit de se faire restituer les fruits et les produits de la chose usucapée, et si c'est un esclave, les acquisitions par lui faites; 2° si avant d'avoir terminé son usucapion le possesseur a légué la chose *per vindicationem*, on est dès à présent certain que ce legs ne pourra jamais valoir dans sa forme et sans le secours du sénatus-consulte néronien (n°s 379 et 380).

(2) En fait, l'extinction des servitudes tant réelles que personnelles par le non-usage devait fort souvent coïncider avec l'accomplissement de l'usucapion (n°s 272 et 279). Quant aux droits de gage et d'hypothèque, cette coïncidence était impossible, parce que le non-usage ne les éteignait pas.

avec son auteur, l'usucapion consolide la *justa causa* et en rend les effets définitifs, puisque désormais l'acquéreur ne court plus aucun danger d'éviction. Aussi les textes le considèrent-ils comme possédant encore en vertu du titre qui lui a permis d'usucaper (L. 3 § 4, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 1 § 1, *Pro suo*), ce qui revient à dire qu'il reste l'ayant cause de son auteur. Voici de cette idée essentielle quelques applications : 1° si la tradition avait été faite en exécution d'une obligation antérieure, elle devient libératoire à partir du jour où l'usucapion s'est accomplie (L. 47 § 1, *Mand.*, XVII, 1. — *De sol.*, XLVI, 3) ; 2° j'ai usucapé *pro emptore*, je suis tenu de payer mon prix que jusque-là je pouvais refuser (*Fr. Vat.*, § 12) ; 3° j'ai usucapé *pro donato*, je ne puis m'affranchir des charges et conditions imposées à la donation. Si par exemple elle a été faite *mortis causa*, et qu'elle vienne à être révoquée, le donateur peut exiger que la propriété de la chose lui soit transférée ; il profite donc d'une usucapion que lui-même peut-être n'aurait pas pu accomplir (L. 13 pr. ; L. 33, *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6) ; 4° j'ai usucapé à titre d'échange. Cette usucapion, si je n'ai rien donné encore, forme le contrat qui jusque-là n'existait pas (L. 1 § 3, *De rer. permut.*, XIX, 4) ; et si j'avais déjà donné quelque chose, elle parfait l'exécution du contrat et affranchit l'autre partie de toute action.

VII. — SITUATION SPÉCIALE DU POSSESSEUR QUI A REÇU DU FISC LA TRADITION D'UNE *res aliena*.

Lib. II. tit. VI. *De usucapionibus et longi temporis possessionibus*, § 14. — Edicto divi Marci cavetur eum qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis qui a fisco per venditionem aut donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securi statim fiant, et victores existant, sive experiantur, sive conveniantur; adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui

Un édit du divin Marc-Aurèle décide que celui qui a acheté du fisc la chose d'autrui peut, cinq ans après la vente, repousser le propriétaire à l'aide d'une exception. Mais Zénon de divine mémoire a sagement décidé, par une constitution, que tous ceux à qui le fisc livre une chose en exécution d'une vente, d'une donation ou de tout autre titre, seront immédiatement en sécurité et triompheront, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs, mais que pendant quatre ans le sacré trésor pourra être poursuivi par ceux qui se croiraient fondés à

pro dominio vel hypotheca earum rerum quæ alienatæ sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis qui a nostra vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit quæ in fiscalibus alienationibus præfata Zenoniana constitutione continentur.

agir en vertu d'un droit de propriété ou d'hypothèque sur les choses par lui aliénées. Mais aux termes d'une divine constitution récemment promulguée par nous, les règles qui d'après la susdite constitution de Zénon gouvernent les aliénations émanant du fisc, doivent également s'appliquer aux aliénations consenties par notre maison ou par celle de la vénérable Augusta.

242. Jusqu'au règne de Marc-Aurèle, les aliénations consenties par le fisc restèrent gouvernées par le droit commun. Si donc l'acquéreur ne devenait pas immédiatement propriétaire et que pour une raison quelconque l'usucapion lui fût impossible, il demeurait soumis à une menace perpétuelle d'éviction. Marc-Aurèle, afin de protéger le fisc contre le recours de l'acheteur évincé, modifia cette législation, mais seulement en ce qui concerne les aliénations faites en exécution d'une vente. Après un délai de cinq ans courant du jour du contrat, l'acheteur fut autorisé à repousser, par voie d'exception, la revendication du propriétaire; mais il ne devenait pas pour cela propriétaire lui-même, et partant, venant à perdre la possession, il ne pouvait la recouvrer que par la voie des interdits, non par la revendication. Cette décision, évidemment étrangère aux cas où l'usucapion a pu s'accomplir, ne s'applique en réalité que dans deux hypothèses : 1° lorsque la chose, sans être hors du commerce, ne se prête pas à l'usucapion (Théoph., *hic*); 2° lorsque l'acheteur a été de mauvaise foi (L. 3, C., *Si adv. fisc.*, II, 37) (1).

Trois siècles plus tard, Zénon transforma et compléta cette législation par les quatre décisions suivantes : 1° l'acheteur du fisc devient propriétaire dès le moment de la tradition; 2° dès lors aussi les hypothèques qui grevaient la chose s'évanouissent; 3° les mêmes règles s'appliquent à tous autres acquéreurs du fisc, même à des donataires; 4° enfin, le fisc demeure soumis pendant quatre ans au recours du propriétaire ou des créanciers hypothécaires (L. 2, C., *De quadr. præscr.*, VII, 37).

(1) Ce texte prouve que l'édit de Marc-Aurèle ne s'appliquait pas aux biens des mineurs de vingt-cinq ans, et qu'en cas de collusion frauduleuse entre l'acheteur et l'agent du fisc, le propriétaire pouvait obtenir une rescision de la vente.

Visiblement, ces décisions tendaient moins à protéger le fisc que ses acquéreurs. Aussi parut-il qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer ici ce principe du césarisme romain, que tous les priviléges du fisc s'étendent de plein droit à l'empereur et que l'empereur les communique à l'impératrice (L. 31, *De legib.*, I, 3. — L. 6 § 1, *De jur. fisc.*, XLIX, 14). Mais Justinien trouva que cette jurisprudence ne respectait ni la logique ni sa personne; et de là une constitution hautaine où il déclare les innovations de Zénon applicables à toutes les aliénations faites ou à faire tant par sa maison que par celle de l'impératrice (L. 3, C., *De quadr. præscr.*).

VIII. — DE L'USUCAPION *pro herede*, ET DE L'*usureceptio*.

243 *a*. Ce sont là deux anomalies dont l'une ne pouvait être qu'obscurément entrevue, et dont l'autre n'était pas même soupçonnée avant la découverte des Institutes de Gaius. Quelques lignes de ce jurisconsulte ont suffi pour les éclairer d'une vive et presque pleine lumière, et en même temps pour rendre leur sens à beaucoup de textes devenus inintelligibles dans l'œuvre de Justinien.

Dans l'histoire de l'usucapion *pro herede*, il faut distinguer trois phases. Au début, c'est l'hérédité elle-même que l'on usucape. Quiconque a possédé pendant un an la totalité ou seulement la plus grande partie des biens laissés par un individu mort testat ou intestat devient vraiment son héritier. Ce qu'il acquiert, par conséquent, ce ne sont pas seulement les choses corporelles qu'il a possédées, ce sont aussi les autres choses corporelles qui n'ont pas été usucapées par une autre personne, et les créances. Réciproquement, il se trouve soumis aux dettes et aux *sacra privata* du défunt, ainsi que cela résulte des motifs mêmes par lesquels Gaius explique cette usucapion si contraire à la morale. En la permettant on avait voulu, dit-il, assurer un double intérêt : l'intérêt des créanciers qui, à défaut d'héritier, ne savaient comment se faire payer; un intérêt religieux, car le culte domestique du défunt, dont le maintien importait à la cité elle-même, restait interrompu tant que sa personne n'avait pas de continuateur légal (Gaius, II, §§ 54 et 55. — Cicér., *De legib.*, II, 19 et 20). Ces deux motifs perdirent bientôt toute leur force. Le préteur, en effet, autorisa les créanciers à vendre le patrimoine de leur débiteur mort sans héritier (Gaius, III, § 78), et de bonne heure, les traditions religieuses s'en

allant, les *sacra privata* parurent inutiles et gênants (n° 121). Dès lors, cette étrange usucapion, ne répondant plus à aucun besoin réel, mérita bien d'être appelée *improba* (Gaius, II, § 55), et il eût été d'autant plus logique de la supprimer qu'elle était en contradiction flagrante avec la doctrine nouvelle qui rejetait absolument la possession des choses incorporelles (n° 218). Cependant, au lieu de disparaître, elle ne fit que se transformer (1). Désormais, au lieu de conférer au possesseur la qualité d'héritier, elle lui donna seulement la propriété des choses corporelles héréditaires sur lesquelles sa possession avait porté. Mais il est plus que probable que, nonobstant ce changement d'effet, elle resta à tous autres égards soumise aux mêmes principes qu'autrefois. Or elle s'écarte de l'usucapion ordinaire en ce qu'elle n'exige ni juste cause ni bonne foi (2), et qu'elle s'accomplit toujours par le laps d'un an, même à l'égard des immeubles (Gaius, II, §§ 52 et 53) (3). D'autre part, elle implique la réunion de quatre conditions spéciales : 1° il faut qu'il s'agisse de *res hereditariæ*, ou, en d'autres termes, que la personne dont les biens sont possédés soit véritablement morte (L. 1, *Pro her.*, XLI, 5. — L. 3, C., *De usuc. pro her.*, VII, 29); 2° il faut que le possesseur ait pu s'emparer de ces choses sans commettre un *furtum*, ce qui suppose que depuis le décès elles n'ont été détenues par personne (LL. 68 à 70, *De furt.*, XLVII, 2); cette règle a pour effet de rendre l'usucapion *pro herede* impossible à l'égard des choses dont l'héritier a une fois pris possession (Gaius, III, § 201) (4); 3° il faut que

(1) Une lettre de Cicéron à Atticus (I, 5), sans compter les passages déjà cités du même auteur, prouve que de son temps l'usucapion portait encore sur l'hérédité elle-même. Mais la transformation était accomplie à l'époque de Sénèque (*De benef.*, VI, 5); et faute d'en comprendre le sens, ce philosophe critique mal à propos la subtilité des jurisconsultes, sous le prétexte que l'hérédité se confondrait avec le contenu de l'hérédité.

(2) Cela ne signifie pas que la mauvaise foi soit de l'essence de l'usucapion *pro herede*. Si par exemple je possède me croyant héritier ou *bonorum possessor*, j'usucape tout aussi bien que si je me savais dépourvu de droit (L. 33 § 1, *De usurp. et usuc.*).

(3) La loi des Douze Tables disait d'une manière générale que les immeubles s'usucapent par deux ans, les autres choses par un an. Or l'hérédité, n'étant pas un immeuble, rentrait dans les *autres choses;* de sorte que, logiquement, l'usucapion *pro herede* dut, dans sa première phase, s'accomplir par la possession d'un an. Plus tard, la routine seule conserva ce délai pour les immeubles. Mais n'est-ce pas elle aussi qui conservait l'institution même de l'usucapion *pro herede?*

(4) Ne semble-t-il pas que, d'après le primitif esprit de la loi, l'usucapion *pro herede* aurait dû être écartée par cela seul qu'il y avait un héritier et indépendamment de son entrée en possession? Il est certain cependant que dans le droit classique cette doctrine n'est pas admise ou du moins ne l'est pas d'une manière complète. Trois

le possesseur ait la *factio testamenti*, règle toute naturelle à l'époque où l'usucapion devait faire de lui un héritier (L. 4, *pro hered.*) (1); 4° il faut, enfin, qu'il ne rencontre pas d'obstacle dans la règle *Nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest* (L. 33 § 1, *De usurp. et usuc.* — L. 2 § 1, *Pro hered.*). Grâce à cette règle, ceux qui au moment du décès détenaient la chose sans pouvoir l'usucaper, c'est-à-dire les simples détenteurs et même les véritables possesseurs qui manquaient ou de bonne foi ou de juste cause, n'usucaperont pas *pro herede.* Pareillement, le possesseur de bonne foi d'un immeuble, à qui peut-être il fallait encore plus d'un an pour usucaper selon son titre, ne pourra pas faire abstraction de sa possession antérieure afin de se procurer le bénéfice d'un délai plus bref.

Dans cette seconde phase, comme dans la première, l'usucapion *pro herede* enrichit irrévocablement le possesseur (2). Dans la troisième, elle peut être révoquée. A cette fin, l'héritier et sans doute aussi le *bonorum possessor* (3) exercent contre celui qui a usucapé une *petitio hereditatis fictitia* dans laquelle l'office du juge est de les faire triompher et rentrer en possession, si tel eût dû être le résultat de leur action exercée avant l'accomplissement de l'usucapion *pro herede.* Telle fut la décision d'un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien, décision applicable même contre celui qui aurait usucapé de bonne foi, c'est-à-dire se croyant réellement appelé à l'hérédité civile ou à la *bo-*

cas doivent être examinés : 1° c'est un héritier externe qui a fait adition; tant qu'il ne possède pas, toute personne peut commencer une usucapion *pro herede.* Gaius est formel à cet égard (III, § 201); 2° il y a un héritier simplement nécessaire. Ici nous sommes dans l'incertitude. Pendant longtemps on a cru que les textes de Gaius (II, § 58; III, § 201) autorisaient l'usucapion *pro herede;* mais les derniers essais faits pour déchiffrer le manuscrit de Vérone paraissent conduire à la conclusion contraire, et elle est assurément plus satisfaisante (voir *Gaii institutiones*, éd. Studemund); 3° il y a un *heres suus et necessarius.* Ici l'on a conjecturé depuis longtemps, d'après un texte du Code, que l'usucapion *pro herede* était impossible même avant que l'héritier eût pris possession (L. 2, C., *De usuc. pro her.*, VII, 29).

(1) Même ayant la *factio testamenti*, je n'usucaperais pas *pro herede* par l'intermédiaire de mon esclave qui aurait pris possession sans mon ordre (L. 4 § 4, *De usurp. et usuc.*). C'est une conséquence de la règle d'après laquelle l'esclave ne peut acquérir une hérédité à son maître qu'en vertu d'un ordre formel (n° 295).

(2) Aussi Gaius l'appelle *lucrativa* (II, § 56); et quand on rencontre au Digeste des textes parlant de possession ou d'usucapion *lucri faciendi causa*, on peut affirmer que dans la pensée de leur auteur ils se référaient à l'usucapion *pro herede* (L. 71 § 1, *De furt.*).

(3) Gaius ne mentionne pas le droit du *bonorum possessor.* Mais en sa faveur on peut citer le texte de l'interdit *Quorum bonorum* (L. 1 pr., *Quor. bon.*, XLIII, 2).

norum possessio prétorienne (Gaius, II, § 57) (1). Ce sénatus-consulte n'aboutissait-il pas à supprimer indirectement l'usucapion *pro herede?* Non; car le bénéfice en restait définitivement acquis au possesseur toutes les fois qu'il n'y avait ni héritier ni *bonorum possessor*. A quelle époque donc et sous quelle influence disparut-elle complétement? Nous l'ignorons; mais j'estime que Marc-Aurèle prépara ce résultat en organisant le *crimen expilatæ hereditatis*, poursuite criminelle contre quiconque s'emparait sans droit et sciemment de tout ou partie d'une hérédité non encore appréhendée par l'héritier (LL. 1 et 2, *Expil. hered.*, XLVII, 19). Adrien avait ôté à la possession *pro herede* son caractère lucratif; Marc-Aurèle la rendit périlleuse, et quelques mots des Institutes (§ 7, *De usuc., quia sine successore decesserit*) prouvent clairement qu'il n'en est plus du tout question sous Justinien (2).

244 *a*. Quant à l'*usureceptio*, ce n'est pas, comme le ferait croire la signification étymologique du mot, toute usucapion par laquelle un ancien propriétaire rentre dans la propriété d'une chose qui avait cessé de lui appartenir; c'est cette usucapion dans certains cas spéciaux où elle est dispensée de la juste cause et de la bonne foi. Gaius (II, §§ 59 à 61) nous signale trois applications de l'*usureceptio*. Dans les deux premières, elle s'accomplit, quelle que soit la nature de la chose, par le laps d'une année; dans la troisième, elle reste, quant au délai, soumise à la distinction ordinaire entre les meubles et les immeubles. Voici ces trois applications : 1° J'ai aliéné ma chose à titre de dépôt, et l'aliénation a été accompagnée d'un contrat de fiducie par lequel l'acquéreur s'est obligé à me retransférer la propriété dès que je le voudrais. Pour usucaper, il me suffit de rentrer en possession d'une manière quelconque, car le dépositaire n'en éprouve aucun dommage. 2° C'est à un créancier et à titre de gage que j'ai aliéné ma chose; mais par un contrat de fiducie il s'est obligé à me la rendre aussitôt qu'il serait payé. Ici il y a une distinction à faire : le créancier payé, j'usucape comme dans la précédente hypothèse, quelle que soit la cause de ma possession; le

(1) Toutefois d'après le sénatus-consulte juventien rendu aussi sous Adrien, et qui n'est autre peut-être que celui dont parle Gaius, il y avait une distinction à faire entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi : le premier ne restituait que ce dont il s'était enrichi, le second restituait tout ce dont il devait s'être enrichi (n° 816).

(2) Mais n'y a-t-il pas, soit à l'époque classique, soit sous Justinien, une autre espèce d'usucapion *pro herede?* Un texte déjà analysé, la loi 3, *pro herede*, paraît tout d'abord favorable à l'affirmative; mais, selon moi, il ne vise qu'un cas d'usucapion *pro suo* (page 560, note 2).

créancier non payé, je n'usucape qu'autant que ma possession ne dérive pas d'une convention de bail ou de précaire par lui consentie (1). Dans ce dernier cas, l'*usureceptio* est dite *lucrativa*, comme l'usucapion *pro herede*, parce qu'elle m'enrichit en dépouillant le créancier d'une sûreté qui lui est encore nécessaire. 3° Il faut supposer qu'une chose est affectée à la garantie d'une créance appartenant à l'État, et que, faute de payement, l'État la vend. Si alors le propriétaire dépouillé rentre en possession, il usucape; et son usucapion est dite *usureceptio ex prædiatura*, parce que l'acquéreur à qui elle enlève la chose est appelé *prædiator* (2). Plus que probablement, cette *usureceptio* exigeait quelque condition que nous ignorons, peut-être le remboursement du prix de vente au *prædiator*, ou, s'il ne l'avait pas encore payé, l'acquittement de sa dette envers l'État (3).

Les deux premières applications de l'*usureceptio* disparurent naturellement lorsqu'on cessa de recourir à une aliénation pour constituer le dépôt ou le gage. Nous ignorons quand et comment disparut l'*usureceptio ex prædiatura*.

IX. — DE LA *longi temporis præscriptio*.

245. L'usucapion était insuffisante à un double point de vue : 1° elle appartenait au *jus civile*, donc ne pouvait jamais s'accomplir au profit d'un pérégrin qui n'avait pas reçu la concession spéciale du *commercium* (Gaius, II, § 65) (4); 2° elle était inapplicable aux fonds provinciaux non investis du *jus Italicum* (Gaius, II, § 46), et, par conséquent, les citoyens romains eux-mêmes, lorsqu'ils avaient acquis un fonds de

(1) Cet obstacle que la convention de précaire apporte à l'*usureceptio* nous explique un texte de Julien qui n'est guère intelligible dans la législation de Justinien (L. 16, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

(2) Les ventes de choses engagées à l'État étaient gouvernées par un ensemble de règles formant un droit spécial (*jus prædiatorium*), dont les plus habiles jurisconsultes n'avaient pas toujours une parfaite intelligence (Cic., *pro Balbo*, 20). L'édit du préteur urbain contenait un titre relatif à ce droit, ainsi que le prouve l'*inscriptio* d'un texte de Gaius (L. 65, *De jur. dot.*, XXIII, 3).

(3) Cette conjecture est fondée sur la loi 9, *De rescindenda venditione* (XVIII, 5).

(4) Tel était certainement le sens de la célèbre formule des Douze Tables : *Adversus hostem æterna auctoritas esto* (Cic., *De offic.*, I, 12). *Auctoritas* désignant ici le droit qu'un acquéreur tient de son auteur, ce texte signifie que contre l'étranger la revendication dure à perpétuité. Pareille aussi la formule de la loi Atinia garantissant contre toute usucapion le droit du propriétaire volé : *Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto* (Aul.-Gell., XVII, 7). Enfin, quand Cicéron (*Topic.*, 4; *pro Cecin.*, 19) appelle l'usucapion *usus auctoritas*, que désigne cette expression, sinon le droit que nous assure une possession prolongée?

cette nature *a non proprietario*, restaient sous une menace permanente d'éviction. Ces lacunes toutes naturelles, si l'on n'oublie pas qu'au début Rome n'avait ni sujets pérégrins ni territoires provinciaux, furent comblées, à une époque que l'on ne saurait préciser, par la *longi temporis præscriptio*, institution prétorienne qui, à l'exemple de l'usucapion, mais d'une manière plus générale, se propose pour but la protection du possesseur de bonne foi. Conformément à l'esprit ordinaire des créations du préteur, la *longi temporis præscriptio* ne supprime ni ne restreint en rien l'utilité de l'usucapion, mais elle la remplace : 1° pour tous possesseurs, Romains ou pérégrins, à l'égard des fonds provinciaux livrés par un autre que le propriétaire ; 2° pour le possesseur pérégrin, tant à l'égard des meubles acquis *a non domino* qu'à l'égard des immeubles italiques acquis ou *a domino* ou *a non domino*.

La *longi temporis præscriptio* est soumise à toutes les règles précédemment exposées sur la juste cause et la bonne foi, sur le mode de calcul du délai et sur l'*accessio temporis* (1), comme aussi sur les obstacles qui rendent la possession inutile. Mais elle a des règles propres en ce qui concerne sa durée et son effet. Sa durée est fixée, sans aucune distinction entre les immeubles et les meubles (2), à dix ans entre présents et vingt ans entre absents, différence fondée sur ce que le propriétaire présent a plus de facilité à poursuivre le possesseur et à interrompre la prescription (3). Quant à son effet, il consiste non pas à transformer la possession en une véritable propriété civile, mais à la garantir contre l'action du propriétaire ; en d'autres termes, au lieu d'être un mode d'acquérir, elle est un moyen de défense. Et de là les conséquences qui suivent : 1° la prescription ne détruisant pas le droit du propriétaire, le possesseur actionné en revendication ne peut pas l'opposer pour la première fois devant le juge. S'il n'a pas fait insérer son moyen dans la formule (4), la question à examiner sera seulement celle-ci : Le demandeur est-il propriétaire ? et elle ne pourra être ré-

(1) Quant à l'*accessio temporis*, peut-être, comme on l'a déjà vu, ne fut-elle d'abord admise qu'en matière de *præscriptio* (page 567, note 2). Cette institution qui avait tant emprunté à l'usucapion, lui aurait donc aussi prêté quelque chose.

(2) Peut-être que jusqu'au règne d'Antonin le Pieux la *longi temporis præscriptio* ne fut applicable qu'aux immeubles (L. 9 *De div. temp. præscrip.*).

(3) Le sens des mots *présents* et *absents* fut controversé jusqu'à Justinien (n° 246).

(4) A l'époque classique ce moyen de défense est proposé dans le corps même de la formule et par voie d'exception. Primitivement, il était placé en tête de la formule sous le nom de *præscriptio* (Gaius, IV, §§ 132 et 133). De cet accident de procédure dériva le nom que l'institution elle-même a gardé et garde encore après tant de transformations.

solue que par l'affirmative ; 2° celui qui a prescrit venant à perdre la possession, une logique rigoureuse ne lui permet pas de revendiquer. A moins donc qu'il ne réunisse les conditions voulues pour exercer avec succès quelque interdit possessoire, le bénéfice de sa longue possession lui échappe absolument. Mais le préteur, élargissant la pensée primitive de l'institution, finit par admettre en pareille hypothèse une revendication utile (L. 8 pr., C., *De præscr. trig. vel quadr. ann.*, VII, 39), de sorte que désormais la *longi temporis præscriptio* put être considérée très-exactement comme un mode prétorien d'acquérir ; 3° si le propriétaire intente son action, ou plus précisément, s'il y a *litis contestatio* dans les dix ou dans les vingt ans, la prescription cesse, encore que le délai vienne à s'accomplir avant la décision du juge (L. 26, C., *De rei vind.*, III, 32. — L. L. 2 et 10, *De præscr. long. temp.*, VII, 33) ; car c'est une règle générale que nul moyen de défense ne triomphe s'il n'est acquis au moment de la demande (1).

Jusqu'à présent je n'ai envisagé la *longi temporis præscriptio* que dans les rapports du possesseur et du propriétaire. Mais des textes nombreux nous la montrent opposée à des créanciers gagistes ou hypothécaires (L. 5 § 1 ; L. 12, *De div. temp. præscr.*, XLIV, 3. — LL. 1 et 2, C., *Si adv. cred.*, VII, 36). Comment entendre ces textes ? Dans une doctrine assez répandue, la *longi temporis præscriptio*, une fois acquise contre le propriétaire, fournirait par cela même un moyen de défense contre quiconque prétend un droit réel du chef de l'un des précédents propriétaires. Mais cette doctrine qui, quoi qu'on puisse dire, viole le principe d'après lequel la propriété ne s'acquiert que sous la réserve des charges dont elle est grevée, me paraît inacceptable. Et d'abord, en ce qui concerne les servitudes tant prédiales que personnelles, aucun texte à ma connaissance ne dit ni ne laisse soupçonner que la prescription de la propriété les éteigne ; et il serait vraiment étrange, si elles ont été exercées, si le non-usage ne peut être opposé à leur titulaire, que celui-ci se vît dépouiller par une conséquence invincible de l'inaction du propriétaire, qu'il n'a pas été en son pouvoir d'empêcher. Quant aux droits de gage ou d'hypothèque, je remarque que parmi les textes précités un seul (L. 2, C., *Si adv. cred.*) se place formellement dans l'hypothèse d'une acquisition faite *a non domino ;*

(1) Au surplus, la prescription est tellement interrompue par la demande en justice, que, quand même le demandeur abandonnerait son action, une nouvelle prescription ne pourrait plus commencer (L. 1, C., *De præsc. long. temp.*, VII, 33).

or il paraît bien aussi supposer en fait que la prescription s'est accomplie par dix ans à l'égard du créancier hypothécaire, et que pourtant elle n'a pu s'accomplir que par vingt ans à l'égard du propriétaire. Que conclure de là? qu'il y a en réalité deux prescriptions de long temps, l'une dépouillant le propriétaire, l'autre effaçant les hypothèques, mais que ces deux prescriptions sont indépendantes l'une de l'autre, qu'il faut dans tous les cas apprécier distinctement les conditions de leur possibilité et de leur durée, et que la seconde, lors même qu'elle coïncide avec la première, n'en est jamais une conséquence. Ma pensée va se préciser par l'examen des quatre hypothèses suivantes : 1° j'ai acquis *a domino* une chose hypothéquée. Bien que je n'aie pas besoin de prescrire contre le propriétaire, je prescrirai contre le créancier hypothécaire, pourvu qu'au moment de mon entrée en possession j'aie cru la chose libre. Il y a en ce sens des textes formels (L. 5 § 1, *De div. temp. exc.*, XLIV, 3.—L. 25, C., *De fid.*, VIII, 41), et ils suffisent à démontrer que l'hypothèque donne lieu à une prescription distincte de celle de la propriété; 2° j'ai su que mon auteur n'était pas propriétaire, mais j'ai ignoré que la chose fût hypothéquée. Je ne prescrirai pas contre le propriétaire, parce qu'à son égard je suis de mauvaise foi, mais je prescrirai contre le créancier hypothécaire; 3° à l'inverse, j'ai connu l'hypothèque, mais j'ai cru par erreur que la propriété appartenait à mon auteur. Ici je prescrirai bien contre le propriétaire, mais non contre le créancier hypothécaire; 4° enfin j'ai cru acquérir une chose non hypothéquée et l'acquérir *a domino*, mais sur les deux points je me suis trompé. Les deux prescriptions seront possibles sans aucun doute. Mais si le propriétaire est présent et le créancier hypothécaire absent, dix ans de possession suffiront pour me donner la propriété, tandis qu'il me faudra vingt ans pour aboutir à l'extinction de l'hypothèque; et en sens inverse, si c'est le propriétaire qui est absent et le créancier hypothécaire présent, la propriété ne pourra m'être acquise qu'après vingt ans, et cependant j'aurai acquis dès la fin de la dixième année le droit de repousser toute prétention fondée sur l'hypothèque (1).

A. Jusqu'à présent la *longi temporis præscriptio* nous apparaît avec une double fonction : 1° elle remplace l'usucapion à l'égard de certaines choses et en faveur de certaines personnes; 2° elle complète l'acquisition

(1) Les décisions que je donne sur cette dernière hypothèse ressortent d'un texte déjà cité (L. 2, C., *Si adv. cred.*), et plus clairement encore d'une constitution de Justinien (L. 12 § 1, C., *De præsc. long. temp.*, VII, 33).

de la propriété par l'effacement des hypothèques. Mais son utilité ne s'arrête pas là : une constitution de l'empereur Gordien nous la montre servant encore à consolider la propriété en ce sens qu'elle dérobe l'acquéreur de bonne foi au danger d'être évincé par suite d'une *in integrum restitutio* (L. 3, C., *De his quæ vi*, etc. II, 20). C'est là toutefois une fonction d'une application fort rare ; car le délai de l'*in integrum restitutio* sera presque toujours expiré bien avant celui de la *longi temporis præscriptio* (1).

X. — FUSION DE L'USUCAPION ET DE LA *longi temporis præscriptio* DANS LE DROIT DE JUSTINIEN. INNOVATIONS DE CE PRINCE.

Lib. II, tit. VI, *De usucapionibus et longi temporis possessionibus*, pr. — Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo qui dominus non erat, quum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave quavis justâ causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis erat, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et quum hoc placitum erat putantibus antiquioribus dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia sedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est, inter præsentes decennio, inter

Le droit civil avait décidé que celui qui de bonne foi, comme acheteur, comme donataire, ou en vertu de tout autre juste titre, aurait reçu une chose d'un non-propriétaire qu'il croyait propriétaire, l'usucaperait au bout d'un an, s'il s'agissait d'un meuble, au bout de deux ans, s'il s'agissait d'un immeuble et que cet immeuble fût situé en Italie, cela pour empêcher l'incertitude de la propriété. Telle étant la doctrine des anciens qui pensaient que cet espace de temps suffisait aux propriétaires pour veiller à la conservation de leurs droits, nous avons adopté une règle meilleure qui tout à la fois empêche les propriétaires de perdre trop promptement leurs biens et ne limite plus à un certain territoire le bénéfice de l'usucapion. Et c'est pourquoi nous avons promulgué une constitution portant que l'usucapion des meubles

(1) La *longi temporis præscriptio* présente une autre application fort curieuse et tout à fait anomale : elle est, pour l'esclave qui possède l'état d'homme libre et qui se croit tel, un moyen d'acquérir à la fois la liberté et le droit de cité romaine. Mais pour cela un délai de vingt ans est absolument nécessaire, et il faut que la bonne foi de l'esclave ait persisté jusqu'à l'expiration du délai (L. 2, C., *De long. temp. præscr. quæ pro lib.*, VII, 22).

absentes viginti annis, usucapiantur; et his modis non solum in Italia, sed in omni terra quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis præcedente, acquirantur.

s'accomplira par trois ans, celle des immeubles par la possession de long temps, c'est-à-dire par dix ans entre présents et vingt ans entre absents; et qu'étant donné l'existence d'une juste cause, ce mode d'acquérir la propriété s'appliquera non-seulement en Italie, mais sur tout le territoire soumis à notre empire.

246. Par l'extension du droit de cité à tous les sujets de l'empire, la *longi temporis præscriptio*, considérée comme moyen d'acquérir la propriété, avait perdu l'une de ses raisons d'être originaires : elle perdit l'autre lorsque la pratique eut à peu près effacé la différence du sol italique et du sol provincial. Consacrant législativement cette pratique, Justinien était conduit ou à supprimer l'une des deux institutions parallèles de l'ancien droit, ou à les fondre ensemble. C'est à ce second parti qu'il s'arrêta. Pour emprunter son propre langage, il transforme l'usucapion (L. unic., C., *De usuc. transf.*, VII, 31), c'est-à-dire qu'il la laisse soumise aux règles qui lui étaient autrefois communes avec la prescription; que là où il rencontre des règles contraires, il opte ou innove; mais que dans son silence il faut plutôt présumer le maintien du droit propre à l'usucapion; car, jusqu'à preuve contraire, qui conserve le mot conserve la chose.

La théorie générale de Justinien, telle qu'elle résulte des Institutes (pr. *sup.*) et du Code, peut se résumer dans les cinq règles suivantes : 1° l'usucapion exige comme autrefois la bonne foi au début et la juste cause; 2° elle s'applique à toute espèce de choses mobilières ou immobilières, quelle que soit leur situation, mais cela sous la réserve des obstacles précédemment indiqués (n°s 239 et 240); 3° elle s'accomplit, quant aux meubles, par le délai nouveau de trois ans; quant aux imbles, par les délais prétoriens de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents (1); et pour trancher toutes les controverses anté-

(1) S'il y a eu tantôt absence, tantôt présence, l'usucapion s'accomplit par un laps de temps intermédiaire entre dix et vingt ans (nov. 119, cap. 8); par exemple, en supposant dix ans d'absence, et cinq ans de présence, le délai total est de quinze ans. Au surplus, c'est parce que les immeubles s'usucapent désormais par le *longum tempus* qu'à leur égard Justinien emploie souvent, au lieu du mot technique *usucapio*, l'expression *longi temporis præscriptio*. Ce langage ne se rencontre pas en matière de meubles.

rieures (1), Justinien décide qu'en quelque endroit que se trouve la chose, le propriétaire et le possesseur seront réputés présents lorsqu'ils auront leur domicile dans la même province (L. 12, C., *De præsc. long. temp.*, VII, 33) (2); 4° l'usucapion est translative de propriété; elle engendre donc soit un moyen de défense tiré du fond, soit, en cas de dépossession, une action en revendication; 5° la *litis contestatio* ne l'interrompt pas; car Justinien, bien qu'il ne s'explique pas formellement sur ce point, le résout d'une manière implicite en supposant qu'une usucapion a pu s'accomplir *inter moras litis* (Inst., § 3, *De off. jud.*, IV, 17) (3).

Je n'ai pas besoin d'ajouter que la nouvelle usucapion de Justinien laisse subsister tous les droits réels qui grevaient la chose du chef des précédents propriétaires. Cette doctrine, discutée entre les interprètes, ne saurait faire aucun doute pour quiconque admettra avec moi que même à l'époque classique l'acquisition de la propriété par prescription ne suffisait pas à effacer ces droits (n° 245 *in fine*). Ce qui est également certain à mes yeux, c'est que Justinien conserve la *longi tem-*

(1) Ces controverses portaient sur deux questions : 1° Fallait-il que les deux parties, pour être réputées présentes, fussent domiciliées dans la même cité ou seulement dans la même province? 2° Fallait-il de plus, quelque opinion qu'on adoptât sur cette première question, que la situation de la chose fût également celle du domicile des parties?

(2) Cette décision cadre bien avec la règle ancienne qui attribuait compétence au tribunal du domicile du défendeur pour connaître même des actions en revendication (*Fr. Vat.*, § 326). Mais, dans le dernier état de la législation, le possesseur pouvant être poursuivi devant le tribunal de la situation (L. 3, C., *Ubi in rem act.*, III, 19), n'aurait-il pas été plus naturel de tenir pour présent le propriétaire domicilié dans la province où le bien est situé, quel que fût, du reste, le domicile du possesseur? Si Justinien n'a pas admis cette doctrine et probablement même n'y a pas songé, cela tient peut-être à l'influence toujours si puissante du langage. On abrégeait le délai *inter præsentes* et non pas *contra præsentem*. Or, ce pluriel n'indiquait-il pas qu'il fallait considérer le domicile du propriétaire dans son rapport avec celui du possesseur plutôt que dans son rapport avec la situation de la chose? C'est le propriétaire et le possesseur qui devaient être présents, non le propriétaire et la chose.

(3) Parmi les textes classiques que Justinien nous a conservés, les uns sont favorables à mon opinion, les autres la contrarient. Les premiers évidemment se réfèrent à l'ancienne usucapion, les seconds à l'ancienne prescription, de sorte que ni les uns ni les autres n'ont rien de concluant. En cette matière, on n'argumente avec quelque sûreté que des textes qui émanent de Justinien lui-même, et je reconnais volontiers qu'il y en a deux qui paraissent me contredire (L. 1, § 1, C., *De ann. exc.*, VII, 40. — Nov. 119, cap. 7). Mais ils sont loin d'être précis, et ils peuvent s'entendre en ce sens que le possesseur une fois poursuivi n'a plus aucun bénéfice à tirer de l'usucapion qu'il viendrait à accomplir. Car elle ne le soustraira pas à la nécessité de restituer ou d'être condamné.

poris præscriptio comme institution distincte et indépendante de l'usucapion, en tant qu'elle a pour objet de procurer l'extinction des droits de gage et d'hypothèque (1); mais ici, comme autrefois, pour que cette prescription destinée, non pas à acquérir la propriété, mais à la compléter, soit possible, il faudra que le possesseur, propriétaire ou non, ait ignoré l'hypothèque au moment de son entrée en possession; et pour qu'elle s'accomplisse par dix ans, il faudra absolument que le créancier hypothécaire ait son domicile dans la même province que le possesseur. C'est ainsi que j'explique les constitutions de Justinien où nous voyons la *longi temporis præscriptio* opposée aux créanciers hypothécaires (L. 12 § 1, C., *De long. temp. præscr.*, VII, 33. — L. 8 pr., C. et § 1, *De præscr. trig. vel quadr. ann.*, VII, 39. — L. 2 pr., C., *De ann. except.*, VII, 40).

247 *a*. En dehors de cette théorie générale, il faut signaler trois innovations importantes de Justinien :

1° Les mineurs de vingt-cinq ans ne pouvant, dans la législation de ce prince, perdre aucun droit par une prescription d'une durée inférieure à trente ans, il en résulte que leurs biens ne sauraient être usucapés. Cette doctrine réalise directement le but que l'ancien droit n'atteignait qu'à l'aide de l'*in integrum restitutio* (L. 5, C., *In quib. caus. int. rest.*, II, 41) (2).

2° Quand c'est un absent, un *infans* sans tuteur ou un fou sans curateur qui possèdent, Justinien permet au propriétaire ou aux créanciers hypothécaires d'interrompre la prescription par une requête (*libellus*) adressée au préteur ou au président de la province, et en leur absence à l'évêque ou au *defensor civitatis*. Ces personnes elles-mêmes manquant, il suffit d'afficher au domicile du possesseur une protestation signée des *tabularii* ou de trois témoins (L. 2, C., *De ann. except.*, VII, 40) (3).

(1) Dans cette application spéciale, je crois que sous Justinien comme autrefois la prescription est interrompue par l'exercice de l'action hypothécaire.

(2) Conformément à cette doctrine nouvelle, Justinien a certainement altéré un texte de Dioclétien (L. 3, C., *Quib. non objic.*, VII, 35) qui peut-être se référait aux *prædia rustica vel suburbana* des mineurs.

(3) Cette constitution a fourni un argument pour soutenir d'une manière générale que sous Justinien la *litis contestatio* interrompt l'usucapion. Mais l'argumentation en sens contraire serait beaucoup mieux fondée. Car dans le droit de Justinien les poursuites par défaut sont admises, et dès lors à quoi bon les formalités qu'il prescrit, s'il suffit au propriétaire de former une demande contre le possesseur absent ou empêché ?

3° En l'année 544, plus de dix ans après la promulgation des Institutes, Justinien (nov. 119, cap. 7), bouleversant sans motif la théorie ancienne, décida que l'aliénation faite par un possesseur de mauvaise foi et à l'insu du propriétaire ne placerait plus l'acquéreur *in causa usucapiendi*, et que le vice de l'acquisition se couvrirait seulement par la prescription de trente ans. Mais cette décision ne doit pas être étendue aux sous-acquéreurs qui traiteraient avec cet acquéreur resté de bonne foi, sans quoi elle rendrait l'usucapion à peu près inapplicable.

Reste, enfin, à nous demander si dans le dernier état de la législation le possesseur à qui sa mauvaise foi, le défaut de titre ou les vices de la chose interdisent l'usucapion, demeure à jamais sans aucun droit? Il faut répondre que la prescription trentenaire établie par Théodose le Jeune (L. 3, C., *De præscr. trig. vel quadr. annor.*, VII, 39) à l'effet d'éteindre toutes actions tant réelles que personnelles, lui permet, s'il possède encore après trente ans, de repousser la demande du propriétaire ou des créanciers hypothécaires (nov. 119, cap. 7) (1). Mais sera-t-il pour cela propriétaire lui-même? Non, et en conséquence, perdant la possession, il ne peut revendiquer contre personne, pas même contre ceux qu'il aurait antérieurement repoussés par la prescription de trente ans. Est-ce à dire que le nouveau possesseur puisse garder la chose envers et contre tous? Oui, sans doute, s'il est lui-même propriétaire; mais, s'il ne l'est pas, il reste exposé à la revendication. Et la raison en est que la prescription trentenaire accomplie par le précédent possesseur a bien pu affranchir ce dernier de son obligation personnelle de restituer, mais n'a pas détruit le droit du propriétaire. Quant au nouveau possesseur, du fait même de sa possession naît une nouvelle obligation de restituer, et cette obligation ne peut s'éteindre que par l'usucapion de dix à vingt ans ou par la prescription libératoire de trente ans (L. 8 § 1, C., *De præscr. trig. vel quadr. ann.*).

DE L'ADJUDICATION.

248. L'adjudication est une attribution de propriété faite par le juge (2) en vertu d'un pouvoir spécial qui lui appartient seulement dans les actions en partage et en bornage (Ulp., XIX § 16).

(1) N'est-ce pas à cela que les Institutes font allusion en parlant de la protection accordée par les empereurs aux possesseurs d'immeubles (L. 7, *in fine*, *De usuc.*)?

(2) On voit qu'il ne faut pas confondre l'adjudication, œuvre du juge et qui ne

L'action en partage suppose que deux personnes au moins se trouvent dans l'état d'indivision précédemment décrit (n° 201), et que l'une d'elles, voulant en sortir, rencontre des résistances, ou tout au moins que les parties ne s'entendent pas soit sur la composition des lots, soit sur les comptes respectifs qu'elles peuvent se devoir à l'occasion des choses communes. Cette action se présente sous deux noms différents : elle s'appelle action *familiæ erciscundæ* (1), lorsque les copropriétaires sont en même temps des cohéritiers ; action *communi dividundo*, dans tous les cas où l'indivision n'a pas sa cause dans une vocation commune à la même hérédité. Dans l'une et l'autre de ces deux actions, l'adjudication tend toujours au même but, faire cesser l'indivision. Soit, par exemple, une succession échue pour parts égales à Primus et à Secundus et comprenant deux fonds de même valeur, le fonds Cornélien et le fonds Sempronien. Chaque cohéritier ayant à ce titre un droit de propriété qui porte également sur chaque molécule de chaque fonds, que fait le juge? Il attribue à Primus le fonds Cornélien tout entier, c'est-à-dire qu'il lui laisse, quant à ce fonds, sa moitié indivise, et lui transfère celle de Secundus. Réciproquement, Secundus va garder sa partie indivise dans le fonds Sempronien et y ajouter celle de Primus. Il n'y a là, en dernière analyse, qu'un échange : les copropriétaires eussent pu le réaliser à l'amiable par des mancipations et des traditions ; mais ils n'ont pu s'accorder, le juge le leur impose (2). Donc, après l'adjudication, chaque héritier reste l'ayant cause du défunt pour toute la part qui lui appartenait antérieurement sur l'objet compris dans son lot ; mais il devient, quant à la part que le juge lui a attribuée, l'ayant cause de son copartageant. Et de là cette conséquence : si pendant l'indivision Secundus a consenti une hypothèque

suppose pas le consentement des parties, avec l'*in jure cessio* dans laquelle c'est le magistrat lui-même qui figure et seulement pour déclarer la volonté des parties, non pour leur imposer la sienne.

(1) On a déjà vu (page 161, note 2) que *familia* désigne l'ensemble du patrimoine; quant au mot *ercisco* ou *hercisco*, il signifie *partager*. Mais plus anciennement il avait à lui seul la même valeur que dans une langue plus nouvelle l'expression *erciscere familiam*. En effet, il est composé du substantif *herctum*, autrefois synonyme de *bonum* (Festus, v° *herctum*) et qui a même racine que *herus*, et du verbe *cio* ou *cieo*, *mettre en mouvement*, par suite partager. De là l'expression *herctum ciere* qu'on trouve dans Cicéron (*De orat.*, I, 56) et dans Aulu-Gelle (1, 9).

(2) Quand la chose commune ne se prête pas à être divisée, elle peut être adjugée tout entière à une seule des parties (Inst., § 5, *De off. jud.*, IV, 17). En pareil cas, l'adjudication ne s'analyse plus en un échange forcé, mais elle n'en est pas moins translative de propriété.

sur sa moitié du fonds Cornélien, cette hypothèque continue de grever cette même moitié entre les mains de Primus adjudicataire du fonds entier (L. 3 § 2, *Qui pot.*, XX, 4. — L. 6 §§ 8 et 9, *Comm. div.*, X, 3). Pareillement, en supposant que le juge divisât ce fonds en deux régions déterminées dont il attribuerait l'une à Primus et l'autre à Secundus, l'hypothèque devrait grever une moitié indivise de chaque région (L. 7 § 4, *Quib. mod. pig.*, XX, 6). Mêmes décisions si, au lieu d'une hypothèque, il s'agit d'une servitude personnelle divisible, par exemple d'un droit d'usufruit (L. 31, *De us. et usuf. et red.*, XXXIII, 2) (1). Du même principe il résulte que, l'un des copropriétaires aliénant sa part dans l'objet commun, ce n'est plus lui, mais son cessionnaire, qui doit figurer dans le partage (L. 14 § 1, *Comm. divid.*, X, 3).

Quant à l'action en bornage ou action *finium regundorum*, elle suppose deux fonds ruraux limitrophes appartenant à deux propriétaires différents, dont l'un veut les faire séparer matériellement par des bornes. La raison indique que ces bornes doivent être placées, en principe, sur la ligne séparative des deux fonds. Mais il peut se faire qu'en déplaçant cette ligne, c'est-à-dire en ajoutant à l'un des deux fonds voisins une portion de l'autre, on trouve soit des bornes naturelles, soit des bornes anciennement posées, ou qu'on puisse en établir de nouvelles plus fixes ou plus saillantes. C'est en ces hypothèses seulement qu'il y a lieu à adjudication, le juge estimant le terrain adjugé et condamnant l'adjudicataire à en payer le prix (Inst., § 6, *De off. jud.*, IV, 17). On voit par là que l'adjudication, qui est un résultat n. 1, 593 presque nécessaire des actions en partage, n'est plus qu'accidentelle dans l'action *finium regundorum*.

Reste à faire trois observations : 1° l'adjudication transfère la propriété de toutes les choses corporelles, soit *mancipi*, soit *nec mancipi*

(1) Ce texte suppose l'hypothèse suivante : un fonds étant indivis entre Primus et Secundus, Primus lègue *per vindicationem* l'usufruit de sa part à sa femme. Puis il meurt, et le fonds est partagé judiciairement entre son héritier et Secundus. Selon le jurisconsulte Trébatius, la veuve pourrait revendiquer l'usufruit de toute la part divise adjugée à l'héritier de son mari, mais de cette part seule, tandis que, d'après les principes, son droit porte à la fois sur la moitié indivise de la part échue à cet héritier et sur la moitié indivise de la part adjugée à Secundus. Faut-il conclure de là que Trébatius, devançant de seize siècles notre doctrine moderne, eût admis d'une manière générale le caractère déclaratif du partage? Je ne le crois pas. Sa décision ne me paraît fondée que sur un motif d'utilité, et en supposant l'immeuble entier attribué à Secundus, sans doute il n'eût pas autorisé celui-ci à repousser la femme prétendant exercer son droit d'usufruit. Au surplus, telle qu'elle est, cette doctrine de Trébatius est rejetée sans discussion par Labéon, auteur de notre texte.

(Ulp., XIX § 16); 2° mais ce résultat suppose qu'elle a lieu dans un *judicium legitimum* (1); sans quoi l'adjudicataire a seulement a chose *in bonis* et doit l'usucaper. Cette doctrine, contre laquelle on ne peut rien conclure du silence d'Ulpien, ressort très-nettement d'un texte de Paul relatif à la constitution de l'usufruit (*Fr. Vat.*, § 47), et elle nous explique seule un texte du Digeste (L. 44 § 1, *Fam. ercisc.*, X, 2), où nous voyons que l'adjudicataire, actionné en revendication, peut avoir besoin d'une exception pour se défendre, ce qui implique évidemment qu'il n'est pas propriétaire *ex jure Quiritium;* 3° l'adjudication est toujours pure et simple (*Fr. Vat.*, § 49), car tel est le caractère ordinaire des décisions judiciaires.

DE L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ *LEGE*.

Lib. II, tit. I, *De divisione rerum et qualitate*, § 35. — Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura; et ideo, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est : itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

Si une personne de bonne foi achète un fonds d'un non-propriétaire qu'elle croit propriétaire, ou si elle reçoit ce fonds à titre de donation ou en vertu de toute autre juste cause et toujours de bonne foi, la raison naturelle a fait admettre que les fruits qu'elle perçoit lui appartiennent en dédommagement de la culture et du soin qu'elle a donnés au fonds, et c'est pourquoi, si plus tard le propriétaire vient le revendiquer, il ne peut pas lui redemander les fruits qu'elle a consommés. Mais si le possesseur du fonds d'autrui a été de mauvaise foi, le même droit ne lui est pas accordé; et en conséquence il doit restituer avec le fonds les fruits eux-mêmes, bien qu'il les ait consommés.

to p. 592

(1) Je dis *presque*, parce que si la chose commune n'est pas commodément partageable en nature, le juge peut la liciter, c'est-à-dire ouvrir des enchères et l'attribuer au plus offrant, fût-ce un étranger (L. 3, C., *Com. div.*, III, 37). Or l'acquéreur non-copropriétaire n'est pas un adjudicataire véritable. J'ajoute que certainement il n'a la chose qu'*in bonis* et non pas *in dominio*.

(2) Sur le *judicium legitimum*, voir n° 774.

§ 39. — Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Adrianus, naturalem æquitatem secutus, ei concessit qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito, invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est, si quis in fiscali loco vel publico invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

Les trésors qu'un propriétaire trouve dans son propre terrain, lui sont concédés par une décision du divin Adrien conforme à l'équité naturelle; et ce prince consacre également le droit de l'inventeur à l'égard des trésors trouvés par hasard dans un terrain sacré ou religieux. Mais lorsque le trésor est trouvé dans le terrain d'autrui par hasard et sans recherche dirigée dans ce but, Adrien en attribue la moitié à l'inventeur, la moitié au propriétaire du sol. Par voie de conséquence logique, il décide que le trésor trouvé sur le terrain de César se partagera entre César et l'inventeur. Pareillement, celui qui est trouvé dans le terrain du fisc ou d'une cité appartient pour moitié à l'inventeur, pour moitié au fisc ou à la cité.

249. Toute acquisition se rattache à la loi en ce sens qu'il n'y a aucun mode d'acquérir qui ne tire d'elle sa force et son effet. Mais plus particulièrement, les Romains disent que la propriété s'acquiert *lege* dans tous les cas où la cause de l'acquisition n'a pas été classée comme mode d'acquérir distinct, et où pourtant elle est expressément reconnue soit par une loi véritable, soit par un acte législatif équivalent. Comme exemples, Ulpien (XIX § 17) cite le legs *per vindicationem* consacré par la loi des Douze Tables, le *caducum* et l'*ereptorium* consacrés l'un et l'autre par la loi Papia Poppæa. A ces trois causes d'acquisition *lege*, dont l'explication trouvera sa place logique à propos des testaments (n°s 374, 379 et 414), il faut ajouter le trésor qui, depuis une constitution d'Adrien, s'acquiert soit par occupation, soit en vertu de la loi.

Deux éléments constituent le trésor : 1° c'est une chose mobilière enfouie dans une autre chose dont elle n'est pas le produit, ordinairement dans un immeuble; 2° il est impossible de savoir quand et par qui elle a été enfouie, de sorte qu'en réalité elle n'appartient à per-

sonne (L. 31 § 1, *De acq. rer. dom.* — L. 67, *De rei vind.*) (1). D'après sa nature, le trésor est donc un véritable don de la fortune (L. 63 § 1, *De acq. rer. dom.*), ou, comme dit un empereur chrétien (L. unic., C., *De thes.*, X, 15), un bienfait de Dieu, d'où il suit qu'en bonne logique la loi devrait toujours en reconnaître la propriété exclusive à l'inventeur; et telle fut sans doute la législation primitive. C'est une question de savoir si, dans les premiers temps de l'empire, la propriété du trésor ne fut pas dans tous les cas attribuée au fisc (2). Mais, quelle que soit la vérité sur ce point obscur et peu important, voici, en résumé, le droit qu'établit l'empereur Adrien (§ 39 *sup.*). Il distingua trois hypothèses : 1° je trouve le trésor sur mon propre fonds; ici il m'appartient entièrement par droit d'occupation; 2° il est trouvé sur le fonds d'autrui; dans ce cas, Adrien en laisse une moitié à l'inventeur par droit d'occupation, et concède l'autre moitié au propriétaire du sol qui acquiert évidemment par l'effet de la loi (3). Mais ce partage, qui s'applique sans distinguer si le sol appartient à un simple particulier ou à César, à une personne réelle ou à un être moral, tel que le fisc ou le peuple, suppose essentiellement que la découverte du trésor est due à un pur hasard; sans quoi il appartiendrait pour le tout au propriétaire du fonds (§ 39 *sup.*); 3° enfin le trésor est trouvé, toujours par hasard, sur un terrain sacré ou religieux, par conséquent n'appartenant à personne; ici Adrien le laissait entièrement à l'inventeur (§ 39 *sup.*), mais Marc-Aurèle permit au fisc d'en revendiquer la moitié (L. 3 § 10, *De jur. fisc.*, XLIX, 14) (4).

(1) On voit combien il importe de ne pas confondre le trésor avec les choses simplement perdues ou cachées. A celles-ci il faut appliquer les décisions données au § 48, *De divisione rerum* (n° 231).

(2) Cette opinion, d'après laquelle la constitution d'Adrien ne serait qu'un retour partiel au droit commun, s'appuie sur un texte mal interprété de Callistrate (L. 1 pr., *De jur. fisc.*, XLIX, 14). Ce texte, écrit au IIIe siècle, se réfère naturellement aux cas où, d'après les décisions d'Adrien et de Marc-Aurèle, le fisc peut prétendre à tout ou partie du trésor; mais il n'exprime ni ne donne à entendre qu'à aucune époque le fisc ait pu se dire propriétaire exclusif de tout trésor.

(3) Le droit attribué au propriétaire du sol se fonde surtout sur ce que probablement c'est un de ses auteurs qui a enfoui le trésor. En lui assurant une part, on espère le détourner d'un procès par lequel, à tort presque toujours, il voudrait revendiquer le tout. Au surplus, en l'année 386, les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose Ier décidèrent que le propriétaire du fonds n'aurait plus droit qu'à un quart du trésor (L. 2, C. Th., *De thes.*, X, 18). Mais plus tard, en 474, l'empereur Léon rétablit la doctrine admise par Adrien. Sa constitution est curieuse en ce qu'elle défend la recherche du trésor à l'aide des arts magiques (L. unic., C., *De thes.*, X, 15).

(4) D'après quelques interprètes, Marc-Aurèle n'aurait statué que sur le trésor

250. Jusqu'à présent il semble que l'acquisition *lege* dérive nécessairement d'une loi expresse. Et pourtant, la législation romaine nous offre encore d'autres causes d'acquisition non classées, mais qui paraissent n'avoir été consacrées que par l'usage et la jurisprudence. J'estime qu'il faut aussi les faire rentrer dans la *lex*. Cette observation s'applique d'abord à plusieurs hypothèses que j'expliquerai bientôt, savoir la spécification, la confusion, la peinture faite sur la planche ou la toile d'autrui (nos 260 et 262). Elle s'applique aussi à l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, sur laquelle je dois insister (1).

Il faut supposer qu'une personnne a reçu la tradition d'une chose (2) *a non domino*, mais avec bonne foi et en vertu d'une juste cause (3), de manière à réunir toutes les conditions personnellement exigées du possesseur à l'effet d'usucaper. Dans cette situation, on déroge au principe naturel d'après lequel le propriétaire a seul droit à tous les produits de sa chose. Parmi ces produits on attribue au possesseur la propriété de tous ceux qui sont qualifiés fruits (4) : il les acquiert dès qu'ils ont une existence distincte, c'est-à-dire lorsque d'une manière quelconque ils sont séparés de la chose frugifère (5), et pourvu qu'à ce moment sa bonne foi n'ait pas encore cessé (6). Peu

trouvé dans des terrains religieux ou sacrés situés en province, de sorte que sa décision, simple conséquence du droit de l'État sur les fonds provinciaux, aurait perdu toute force dans le droit de Justinien. Mais j'ai quelque peine à accepter cette interprétation. Car le rescrit de Marc-Aurèle décide de la même manière à l'égard du trésor trouvé *in locis fiscalibus;* et assurément, ce prince ne songeait pas à distinguer selon que le terrain appartenant au fisc était situé en Italie ou en province.

(1) On peut encore voir une acquisition *lege* dans l'hypothèse prévue par les Institutes au § 4, *De donationibus* (n° 68).

(2) Les Institutes (§ 35 *sup.*) supposent spécialement la tradition d'un fonds. Mais il est certain qu'on ne fait ici aucune différence entre le possesseur d'un meuble et le possesseur d'un immeuble (L. 48 § 2, *De acq. rer. dom.*).

(3) Ne se contente-t-on jamais du titre putatif? J'incline à penser que cette question comporte ici les mêmes solutions qu'en matière d'usucapion (n° 234).

(4) La distinction des fruits et des produits non-fruits sera précisée ultérieurement (n° 274). Quant à ceux-ci, il n'est pas douteux que le possesseur de bonne foi n'en devient pas immédiatement propriétaire : il a besoin de les usucaper (L. 4 pr., *Pro suo*, XLI, 10).

(5) A cet égard le possesseur de bonne foi est traité comme le fermier ou le possesseur d'un *ager vectigalis;* mais il diffère de l'usufruitier qui, lui, n'acquiert les fruits que du moment où il les a perçus ou fait percevoir (L. 25 § 1, *De usur.*, XXII, 1).

(6) On se montre donc ici plus sévère qu'en matière d'usucapion. Cependant Julien, dans un texte sur lequel je reviendrai (L. 25 § 2, *De usur.*, XXII, 1. — N° 299) voulait que malgré la survenance de la mauvaise foi, le possesseur gagnât les fruits

importe d'ailleurs que la chose compte parmi celles qui échappent à l'usucapion soit à raison d'un vice qui lui est propre, soit à raison de la qualité du propriétaire (L. 48 pr., §§ 1 et 2, *De acq. rer. dom.*). D'après les Institutes (§ 35 *sup.*), l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi serait la récompense de la culture et des soins qu'il a donnés à la chose; mais l'inexactitude de ce motif apparaîtra bien vite, si l'on considère d'une part que le possesseur de mauvaise foi, déployât-il l'activité la plus intelligente et les soins les plus minutieux, n'en serait pas moins obligé à la restitution intégrale des fruits, et d'autre part que le droit du possesseur de bonne foi porte sur tous les fruits, même sur ceux à la production desquels son travail n'a pas concouru (1). Le vrai motif de la loi est que le possesseur, ne s'attendant pas à restituer les fruits d'une chose qu'il croyait sienne, les a probablement consommés ou en a dépensé la valeur : de sorte que lui en imposer la restitution intégrale, ce serait risquer de l'appauvrir; l'obliger seulement à rendre le montant de son enrichissement, ce serait encore donner lieu à des comptes compliqués et dont les éléments pourraient faire défaut. Il fallait donc opter entre le possesseur qui souvent n'a pas pu vérifier le droit de son auteur et le propriétaire négligent qui a laissé sa chose s'égarer aux mains d'un tiers : on n'a pas hésité à sacrifier le propriétaire.

Dans le droit de Justinien, le possesseur ne bénéficie pas nécessairement de tous les fruits perçus de bonne foi : il est tenu de restituer ceux qui existent encore en nature dans ses mains lorsque le propriétaire vient revendiquer sa chose (§ 35 *sup.*). La vérité est donc qu'il ne les gagne vraiment que par la consommation : jusque-là la propriété en demeure *in pendenti*, ou, si l'on aime mieux, ils ne lui appartiennent que sous une condition résolutoire. Mais était-ce bien là

aussi longtemps qu'il ne serait pas évincé, c'est-à-dire sans doute jusqu'à la poursuite. Mais cette opinion fut certainement rejetée.

(1) Cette doctrine est expressément formulée dans un texte de Paul (L. 48, pr., *De acq. rer. dom.*) qui toutefois nous prouve que certains jurisconsultes avaient voulu restreindre le droit du possesseur de bonne foi aux fruits résultant de son travail, et nous savons en effet que cette restriction était admise par Pomponius (L. 45, *De usur.*). Ceux qui aiment les conciliations ont prétendu, il est vrai, que ce jurisconsulte se réfère exclusivement aux possesseurs qui ont la bonne foi en fait sans avoir le juste titre. Mais la généralité du texte résiste à cette interprétation, et en admettant, comme j'y suis disposé, que de tels possesseurs puissent dans des cas exceptionnels acquérir les fruits, on ne voit pas pourquoi cette acquisition ne se réglerait pas à leur égard d'après les mêmes principes que pour le possesseur muni d'un juste titre.

la doctrine classique? Il faut avouer que le langage même des textes anciens conduit à croire le contraire ; car toujours ils considèrent l'acquisition des fruits comme une conséquence directe de leur séparation, ce qui implique que le possesseur en acquiert la propriété immédiate et absolument définitive. Cette induction tirée du langage est confirmée par plusieurs fragments du Digeste. Et en effet, Gaius (L. 28, *De usur.*, XXII, 1), se référant particulièrement aux fruits que peut donner un animal, déclare le possesseur de bonne foi investi d'un droit immédiat et plein, identique à celui de l'usufruitier qui assurément ne restitue jamais aucuns fruits. Julien (L. 25 § 1, *De usur.*) va plus loin : il reconnaît au possesseur de bonne foi, en ce qui concerne les fruits, les droits d'un propriétaire (1); et, comme si ce langage n'était pas assez significatif, il ajoute que ces droits sont supérieurs à ceux de l'usufruitier. Or, quoique l'usufruitier n'acquière les fruits que par la perception, et non point par le seul fait de la séparation, n'est-il pas évident que, si le possesseur de bonne foi devait rendre les fruits non consommés, c'est la position de l'usufruitier qui, à tout prendre, serait la meilleure (2) ?

Il paraît certain que la doctrine des Institutes était déjà reçue dans la pratique à l'époque de Dioclétien (L. 22, C., *De rei vind.*, III, 32). Et je tiens pour vraisemblable qu'elle s'introduisit par la tendance qu'on avait à assimiler le possesseur d'une chose particulière au possesseur d'une hérédité (3). En effet, d'après le sénatus-consulte juventien, le possesseur de bonne foi d'une hérédité restitue tout ce dont il s'est enrichi à ce titre. C'est, je pense, pour appliquer le même principe au

(1) Tel est aussi le langage de Paul dans un texte (L. 48 pr., *De acq. rer. dom.*) dont pourtant la doctrine contraire a voulu s'autoriser. Ce texte, en effet, porte que l'acheteur de bonne foi fait les fruits siens *interim*; ce qui, a-t-on dit, signifie que l'acheteur est bien propriétaire des fruits pour le moment, mais qu'il pourra être obligé de les restituer. Dans l'opinion que je soutiens, le mot *interim* fait simplement allusion à ce que le possesseur ne gagne que les fruits perçus avant la cessation de la bonne foi.

(2) A ces arguments l'on peut ajouter une décision de Papinien (LL. 48 et 65 pr., *De rei vind.*), portant que le possesseur de bonne foi n'obtient le remboursement de ses impenses qu'autant qu'elles ne sont pas compensées par les fruits perçus avant la *litis contestatio;* mais on peut répondre que Papinien suppose probablement les fruits consommés. Je tiens pour moins sûr encore un autre argument tiré d'un texte de Julien (L. 25 § 2, *De usur.*), car ce texte n'exprime pas une opinion unanimement reçue (n° 299).

(3) Voir une preuve de cette tendance dans un texte d'Ulpien (L. 27 § 3, *De re vind.*).

possesseur à titre particulier qu'on lui imposa la restitution des fruits encore existants au jour de la *litis contestatio*. Mais il est facile de se convaincre que l'assimilation est plus apparente que réelle : car le possesseur d'une hérédité garde les fruits existants dont il a déjà consommé la valeur, et il rend la valeur des fruits consommés dont il s'est enrichi. Quant au possesseur particulier, au contraire, voici les résultats que nous donne la règle des Institutes : a-t-il gardé les fruits en nature, il les restitue, quand même il en aurait d'avance et de bonne foi consommé la valeur. A l'inverse, les a-t-il vendus pour en placer le prix de la manière la plus avantageuse : il n'a rien à rendre. Dans le premier cas, on l'appauvrit ; dans le second, on l'enrichit ; et, à coup sûr, l'inélégance de ce résultat est bien une raison de plus pour croire que les Institutes ne reproduisent pas la théorie des jurisconsultes classiques (1).

APPENDICE A L'ÉTUDE DES MODES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ A TITRE PARTICULIER.

SOMMAIRE : Notion générale de ce qu'on a appelé accession. — II. Du droit du propriétaire sur les fruits et produits de sa chose. — III. Des modifications que le voisinage de l'eau apporte aux propriétés riveraines. — IV. De l'incorporation d'une chose à une autre. — V. De la spécification. — VI. De la confusion et du mélange.

I. — NOTION GÉNÉRALE DE CE QU'ON A APPELÉ *accession*.

251. Aux sept modes d'acquérir qui viennent d'être étudiés, beaucoup d'interprètes en ajoutent un huitième qu'ils appellent accession, et qui se rattacherait, comme l'occupation et la tradition, au droit des gens. D'une manière générale, l'accession consisterait à acquérir une chose comme accessoire d'une autre chose qui nous appartient déjà, et elle s'appliquerait dans une série de cas que les Institutes développent assez longuement (§§ 19 à 34, *De divis. rer.*). Si ce mode d'acquérir est vraiment reconnu par le droit romain, il est étrange qu'on ne le rencontre dans aucune énumération, plus étrange encore qu'il n'y ait pas même de nom pour le désigner ; car, de l'aveu de tout le monde, le mot latin *accessio* signifie simplement la chose accessoire, et non jamais

(1) La logique me force à admettre l'altération de tous les textes du Digeste qui limitent le droit du possesseur de bonne foi aux fruits déjà consommés. Il y en a même où elle s'accuse avec évidence et indépendamment de tout rapprochement avec d'autres textes (L. 4 § 19, *De usurp. et usuc.*).

le fait même d'acquérir une chose comme conséquence du droit de propriété qu'on a déjà sur une autre chose. Mais, dit-on, il ne faut pas s'arrêter aux caprices et aux lacunes du langage : l'accession sera, si l'on veut, un mode d'acquérir anonyme, mais un mode néanmoins très-nettement reconnu et caractérisé par les textes. Que tel soit peut-être le point de vue de Justinien, je n'oserais trop le nier : car dans les faits qu'examinent les paragraphes précités des Institutes, Théophile (pr., *De reb. incorp.*, II, 2 ; § 5, *Per quas person.*, II, 9) voit autant de causes d'acquisition spéciales que toutefois il néglige de grouper sous une dénomination commune. Mais ce point de vue était-il celui des jurisconsultes ? Voilà ce que je ne crois pas. Tout en reconnaissant que la plupart de ces faits ajoutent quelque chose à notre patrimoine, ils ne les regardèrent pas, du moins en général, comme de véritables causes juridiques d'acquisition. Que s'il en est autrement pour quelques-uns, je les rattacherai à la *lex* (n° 250) plutôt que d'ajouter à la nomenclature romaine des modes d'acquérir. Ces notions vont s'éclaircir par l'examen successif de ces faits que je distribue en cinq catégories.

II. — DU DROIT DE PROPRIÉTAIRE SUR LES FRUITS ET PRODUITS DE SA CHOSE.

Lib. II, tit. II, *De divisione rerum et qualitate*, § 19. — Item ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure (1) tibi acquiruntur (Florentinus, L. 6, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

De même, les petits des animaux soumis à votre propriété vous appartiennent comme eux et en vertu du même droit.

252. Les fruits et autres produits non séparés appartiennent évidemment au propriétaire de la chose avec laquelle ils font corps (L. 44, *De rei vind.*, VI, 1). Séparés, ils continuent de lui appartenir, sans

(1) Ces mots signifient *jure naturali;* cela ressort clairement du rapprochement de notre paragraphe 19 avec le précédent. Cependant quelques interprètes les entendent en ce sens que la propriété des petits dériverait de la même cause que la propriété de la mère, que si, par exemple, j'ai acheté celle-ci, je suis réputé les avoir achetés eux-mêmes. Tout en reconnaissant que cette idée a quelque chose de vrai, car j'en trouve deux applications remarquables dans un texte de Julien (L. 82 § 4, *De leg.*, 1°, XXX), il convient de ne pas l'exagérer. On sait, en effet, que l'acheteur de bonne foi d'une esclave volée ne l'usucape pas, mais qu'il usucape le part conçu et né chez lui ; or cette usucapion s'accomplit au titre *pro suo* et non pas au titre *pro emptore* (page 557, note 1, *in fine*).

qu'il soit possible de parler sérieusement ni d'accession ni même d'acquisition. Car si l'on analyse le fait qui donne aux produits une existence distincte, qu'y peut-on voir de plus que le fractionnement d'une chose unique en plusieurs choses? Or qui était propriétaire du tout reste évidemment propriétaire des parties (1). Ce principe, les Institutes (§ 19 *sup.*) l'appliquent, mais avec trop peu de précision, aux petits des animaux. Ces petits appartiennent invariablement à celui qui, au moment de leur naissance, est propriétaire de la mère (L. 5 § 2, *De rei vind.* — L. 66, *De acq. rer. dom.*); et il faut en dire autant des enfants nés d'une femme esclave (L. 12, C., *De rei vind.*, III, 32) (2). Tout cela résulte, avec évidence, de cette idée certaine que le croît des animaux et le part de l'esclave font partie de la mère jusqu'à leur naissance, de même qu'une récolte encore pendante par branches ou par racines fait corps avec le sol.

III. — DES MODIFICATIONS QUE LE VOISINAGE DE L'EAU APPORTE AUX PROPRIÉTÉS RIVERAINES.

Lib. II, tit. II, *De divisione rerum et qualitate*, § 20. — Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens; per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis quantum quoquo momento temporis adjiciatur (Gaius, L. 7 § 1, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

En outre, l'alluvion dont un cours d'eau enrichit votre fonds vous est acquise d'après le droit des gens. Or l'alluvion est un accroissement insensible; et l'on répute tel ce qui s'ajoute au fonds petit à petit, de telle façon qu'il est impossible de saisir quelle est la quantité ajoutée à chaque instant.

§ 21. — Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit et vicini prædio attulerit, palam est eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque, quas secum traxe-

Que si la violence d'un cours d'eau détache une portion de votre fonds et l'applique contre le fonds du voisin, il est évident qu'elle reste vôtre. Mais si pendant longtemps elle est demeurée adhérente au

(1) Je suppose qu'au moment de la perception ou de la séparation des fruits la chose n'est ni grevée d'un droit d'usufruit, ni affermée, ni possédée de bonne foi par un tiers.

(2) Ceci implique, dans le dernier état du droit, que la mère a conçu esclave et est restée telle durant tout le cours de sa grossesse (n° 37).

rit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitæ esse (Gaius, L. 7 § 2, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

§ 22, *suite.* — In flumine nata (*insula*), quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident (1), pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit; quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager cujus et fuerat (Gaius, L. 7 §§ 3 et 4, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

§ 23. — Quod si naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit; novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit qui prope ripam ejus prædia possident (Gaius, L. 7 § 5, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

§ 24. — Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit : neque enim inundatio fundi speciem commutat; et ob id, si recesserit

fonds voisin et que les arbres qu'elle a entraînés avec elle aient poussé leurs racines dans ce fonds, dès lors ces arbres sont réputés acquis au fonds du voisin.

L'île née dans un fleuve, phénomène qui n'est pas rare, si elle occupe le milieu du fleuve, est commune entre les propriétaires riverains des deux côtés, et cela proportionnellement à l'étendue de terrain que chacun possède le long de la rive ; que si elle est située d'un seul côté du fleuve, elle appartient aux seuls riverains de ce côté. Mais si le fleuve se partage en un endroit, et que ses deux bras se rejoignent plus bas de manière à former du fonds d'un particulier une île, ce fonds continue d'appartenir à son propriétaire.

Que si, abandonnant entièrement son lit naturel, le fleuve se forme un nouveau cours, son précédent lit appartient aux propriétaires riverains, en raison de l'étendue de terrain que chacun possède le long de la rive. Quant au nouveau lit, sa condition devient celle du fleuve lui-même, c'est-à-dire qu'il est public. Mais si au bout d'un certain temps le fleuve revient à son ancien lit, le lit nouveau à son tour appartient aux propriétaires qui ont des fonds sur ses rives.

Tout autre est l'hypothèse d'un fonds entièrement inondé : en effet, une inondation ne change pas la nature du fonds; et c'est pourquoi,

(1) *Possident* est pris ici comme synonyme de *dominium habent*, et il faut faire la même remarque sur le paragraphe suivant.

aqua, palam est eum fundum ejus manere cujus et fuit (Gaius, L. 7 § 6, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

l'eau venant à se retirer, il continue évidemment d'appartenir à son propriétaire.

253. Les Institutes prévoient ici et règlent plus ou moins complétement quatre hypothèses :

1° L'eau détache d'un fonds une portion de terre reconnaissable qui, poussée par le courant, va s'appliquer à un fonds inférieur et semble désormais en faire partie. Les Romains ne voient dans ce fait qu'une juxtaposition, et non pas une absorption de l'un des deux terrains par l'autre. Aussi n'entraîne-t-il par lui-même aucune modification dans les droits respectifs des deux propriétaires (§ 21 *sup.* — Gaius, II, § 71 (1).

2° Des parcelles de limon, charriées par un cours d'eau, se déposent et se fixent peu à peu le long des fonds riverains; par là ces fonds reçoivent un accroissement successif que les yeux sans doute ne saisissent pas au fur et à mesure qu'il s'opère, mais dont on se rend compte lorsqu'il a acquis une certaine importance. Cet accroissement, appelé alluvion, enrichit les fonds riverains, car nul n'en pourrait établir la provenance, ni par conséquent en revendiquer la propriété (§ 20 *sup.* — Gaius, II, § 70).

3° Une île se forme par voie de desséchement ou d'atterrissement (2). Elle appartient aux riverains, et leurs droits se règlent d'après la distinction suivante : ou l'île se trouve tout entière à droite ou à gauche de la ligne médiane du fleuve, c'est-à-dire d'une ligne qu'on imagine perpétuellement parallèle aux deux rives et toujours à égale distance de l'une et de l'autre, ou au contraire elle est traversée par cette ligne

(1) Les Institutes ajoutent que si le terrain déplacé a entraîné avec lui des arbres, et que ces arbres viennent à pousser leurs racines dans le fonds inférieur, ils appartiennent désormais à ce fonds. Il n'y a là qu'une application fort simple d'un principe que j'exposerai bientôt (n° 258. — Inst., § 31, *De divis. rer.*,). Mais d'après le texte du Digeste qui correspond à celui des Institutes (L. 7 § 2, *De acq. rer. dom.*), ce serait le terrain déplacé lui-même qui appartiendrait dès lors au propriétaire du fonds inférieur. Cette doctrine, contredite par la paraphrase de Théophile (sur le § 21, *De divis. rer.*) et par les Institutes de Gaius (II, § 71), serait inexplicable. Il est donc très-vraisemblable qu'au Digeste, comme dans les Institutes de Justinien, il faut lire *videntur acquisitæ* au lieu de *videtur acquisita*.

(2) L'île de desséchement se forme lorsque le niveau de l'eau s'abaisse laissant à découvert une portion du lit; l'île d'atterrissement, lorsque c'est le sol qui s'exhausse sur un point donné par suite des charriages de l'eau. On distingue deux autres espèces d'îles, mais elles sont soumises à des règles différentes (n° 254).

médiane. Dans le premier cas elle est la propriété exclusive des riverains du côté desquels elle est située (1). Mais il s'agit là d'une propriété qui n'est ni indivise ni égale, chaque riverain ayant droit à la portion comprise entre deux parallèles menées des deux extrémités du terrain qu'il a en regard de l'île perpendiculairement à la ligne médiane du fleuve (L. 29, *De acq. rer. dom.*). Dans le second cas, la ligne médiane opère de plein droit un partage entre les deux rives; et le règlement des parts se fait entre les riverains d'un même côté d'après le principe posé pour la précédente hypothèse (§ 32 *sup.* — Gaius, II, § 72) (2).

4° Un cours d'eau envahit de nouveaux terrains. — Il faut distinguer si cette occupation résulte d'une simple inondation ou d'un changement de lit. Dans le premier cas, elle n'est qu'accidentelle et temporaire, et les propriétés envahies conservent leur condition antérieure (§ 24 *sup.*). Dans le second cas, les terrains nouvellement occupés sont perdus pour leurs maîtres. Quant au lit abandonné, il se partage entre tous les riverains de droite et de gauche d'après les mêmes règles que l'île coupée par la ligne médiane. Par une conséquence logique de ces décisions, si le cours d'eau reprenait un jour son ancien lit, le nouveau lit délaissé ne retournerait pas aux propriétaires dépouillés : il se partagerait entre les nouveaux riverains, quels qu'ils fussent. Mais cette logique rigoureuse, bien que consacrée par les Institutes (§ 23 *sup.*), paraît avoir répugné au bon sens des jurisconsultes, et il n'est pas certain que la pratique l'ait admise (L. 7 § 5, *De acq. rer. dom.*).

254. Reste à déterminer le principe en vertu duquel on attribue aux propriétaires riverains l'alluvion, l'île née dans le fleuve et le lit aban-

(1) Soit une île née du côté gauche du fleuve. Si plus tard il en naît une autre entre elle et la rive droite, l'attribution de cette nouvelle île se réglera comme si le fleuve était tout entier compris entre la première île et la rive droite (L. 65 § 3, *De acq. rer. dom.*).

(2) Certains interprètes ont prétendu, bien à tort, que l'île traversée par la ligne médiane était indivise entre les propriétaires riverains des deux côtés. Mais, d'une part, le mot *communis* dont on argumente et qui ordinairement, il est vrai, signifie indivis, n'est pas concluant, car il y a des textes (L. 5 § 16, *De reb. eor. qui sub tut.*, XXVII, 9. — L. 7, C., *Comm. utr. jud.*, III, 38) qui prouvent que l'on appelait aussi *communis* la chose appartenant divisément à plusieurs personnes; et d'autre part, on ne voit pas pourquoi l'indivision, qui certainement n'existe pas entre les riverains d'un même côté, serait admise entre les riverains des deux côtés. Cette doctrine, au surplus, ne serait pas plus pratique que logique; car elle rendrait nécessaire un partage dont le résultat pourrait être d'assigner aux riverains de droite la portion de l'île qui regarde à gauche, et réciproquement.

donné. Or ce principe, à mes yeux très-certain, c'est que le lit du cours d'eau appartient aux riverains, et cela bien qu'il s'agisse d'un fleuve considéré comme public (L. 30 § 1, *De acq. rer. dom.* — N° 197) (1). Seulement, c'est une propriété que le fleuve inutilise fatalement, tant qu'il subsiste dans sa forme actuelle. Il ressort de là que si l'alluvion, l'île et le lit abandonné constituent pour les propriétés riveraines une plus-value évidente, juridiquement ce ne sont pas de véritables acquisitions. Le vrai, c'est que le riverain ne fait que reconquérir l'usage plus libre de sa chose par la disparition totale ou partielle de l'obstacle qui paralysait son droit. Cette doctrine admise, voici plusieurs décisions qui s'expliquent d'une manière aussi simple que rationnelle : 1° Les *agri limitati* ne comportent aucun droit ni à l'alluvion, ni à l'île, ni au lit abandonné, et cela parce qu'il est impossible de considérer le lit du cours d'eau comme le prolongement d'un fonds dont la contenance est essentiellement invariable (n° 205). Ces choses deviennent donc la propriété du premier occupant (L. 16, *De acq. rer. dom.* — L. 1 §§ 6 et 7, *De flumin.*, XLIII, 12) (2); et le seul avantage qu'on puisse ici reconnaître au riverain, c'est qu'en fait cette occupation lui est plus facile qu'à tout autre. 2° Les fonds bordés par un lac ou un étang, alors même que ce ne sont pas des *agri limitati*, ne comportent pas non plus le droit à l'alluvion (L. 12 pr., *De acq. rer. dom.*); car le lac ou l'étang constitue une propriété distincte. 3° Il y a deux sortes d'îles qui ne peuvent pas, à raison de leur nature, appartenir aux riverains : savoir l'île formée *per circumluvionem* par un cours d'eau quelconque, et l'île flottante née dans un fleuve public. La première se compose de terrains appropriés que l'eau a enfermés un jour en divisant son cours en deux bras qui vont se réunir en un

(1) Ce principe paraît contredit par un texte de Labéon (L. 65 § 4, *De acq. rer. dom.*) : si tout ce qui naît dans un lieu public est public aussi, il en résulte, dit-il, que l'île née *in flumine publico* doit appartenir au peuple. De là on a conclu que cette île et par conséquent le lit du fleuve appartiennent à l'État. Mais cette interprétation est erronée; Labéon émet une critique : il veut dire que le caractère public du fleuve ne se communique pas à l'île, et qu'en conséquence, ce serait une formule inexacte que celle-ci : *quod in publico innatum est, publicum est.* Le § 2 de la même loi prouve que telle est bien sa pensée.

(2) Beaucoup d'interprètes attribuent à l'État l'alluvion qui se forme le long des *agri limitati;* et, en effet, les textes ne disent pas formellement qu'elle appartienne au premier occupant; mais il est trop clair qu'on ne peut pas sans inconséquence la traiter autrement que le lit abandonné et l'île, sur lesquels les textes cités sont formels. Ces textes prouvent, au surplus, que le lit des fleuves qui coulent entre des *agri limitati* est *res nullius.*

point inférieur : ces terrains restent à leurs propriétaires (§ 22 *sup.*, *in fine*. — L. 30 § 2, *De acq. rer. dom.*). Quant à l'île flottante, formée de broussailles et de matières légères non adhérentes au sol, elle fait partie du fleuve plutôt que du lit; elle est donc publique, si le fleuve dont elle suit la destinée est public lui-même (L. 65 § 2, *De acq. rer. dom.*). 4° Celui qui a échoué dans la revendication d'un fonds riverain ne peut élever aucune prétention sur l'île qui se formerait plus tard dans le fleuve ni sur le lit qui viendrait à être abandonné; sa demande serait repoussée par l'exception *rei judicatæ* (L. 26 § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2). 5° Enfin le caractère privé du lit du fleuve montre clairement que les Romains ne pouvaient pas même songer à considérer la propriété de l'île ou du lit abandonné comme indivise entre les divers riverains qui y avaient des droits (1).

IV. — DE L'INCORPORATION D'UNE CHOSE A UNE AUTRE.

Lib. II, tit. II, *De divisione rerum et qualitate*, § 26. — Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento. Et qui dominus fuit purpuræ, adversus eum qui subripuit habet furti actionem et condictionem, sive ipse est qui vestimentum fecit, sive alius; nam extinctæ res, licet, vindicari

Si pourtant une personne a brodé la pourpre d'autrui sur son vêtement, la pourpre, quoique plus précieuse, suit à titre d'accessoire le sort du vêtement. Et l'ancien propriétaire de la pourpre a contre le voleur l'action *furti* et la *condictio*, sans distinguer si le vêtement est l'œuvre du voleur ou d'un tiers; car les choses qui n'existent plus,

(1) Ce que j'ai dit du lit du fleuve est également vrai du sol de la voie publique : on le considère comme une dépendance et un prolongement des fonds voisins. La loi 38, *De acq. rer. dom.*, qui pose le principe (*in fine*), en tire cette conséquence que le fonds séparé du fleuve par la voie publique profite néanmoins du lit abandonné, et il profiterait sans doute aussi de l'île. Une autre conséquence de la même idée est celle-ci : en supposant un fonds bordé d'un côté par un fleuve, de l'autre par la voie publique, si le fleuve vient à absorber dans son lit le fonds entier sans toutefois absorber la voie publique, le propriétaire n'est pas dépouillé d'une manière définitive : grâce à la voie publique qui lui appartient, il recouvrera par le *jus alluvionis* toute la portion de son terrain que le fleuve abandonnerait plus tard. Pomponius, qui donne cette décision (L. 30 § 3, *De acq. rer. dom.*), compare les fleuves aux *censitores*, agents chargés de la tenue du cadastre (*libri censuales*). Ce sont eux qui estiment les propriétés foncières pour déterminer la cote de chacun. Par des estimations trop élevées ou trop faibles, ils attribuent donc au trésor l'argent qui devrait rester aux contribuables, ou laissent à ceux-ci l'argent qui devrait être versé au trésor. Pareillement les fleuves rendent public ce qui est privé, et privé ce qui est public.

non possint, condici tamen a furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

bien qu'elles ne puissent être revendiquées, donnent lieu à une *condictio* contre les voleurs et contre certains autres possesseurs.

§29. — Quum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii; quia omne quod inædificatur solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse; sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem Duodecim Tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem quæ vocatur de tigno injuncto. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit; sed si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam persecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum de ea re agere (Gaius, L. 7 § 10, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

Celui qui a employé les matériaux d'autrui à faire une construction sur son propre sol est lui-même réputé propriétaire de l'édifice, parce que tout ce que l'on construit est un accessoire du sol. Et néanmoins celui qui avait la propriété des matériaux ne la perd pas; mais, tant que la construction subsiste, il ne peut ni les revendiquer ni agir *ad exhibendum*, à cause de la disposition des Douze Tables portant qu'aucun propriétaire n'est tenu de séparer le *tignum* d'autrui qui fait corps avec sa propre maison, mais seulement d'en payer la valeur au double par l'action qu'on appelle *de tigno injuncto*. Or sous ce nom de *tignum*, on désigne tous les matériaux qui s'emploient dans les constructions. Cette disposition a pour but d'empêcher la démolition des édifices; mais, en supposant l'édifice détruit par une cause quelconque, le propriétaire des matériaux pourra, s'il n'a pas encore obtenu le double du prix, les revendiquer ou agir *ad exhibendum*.

§30. — Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum ædificaverit, illius fit domus cujus et solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare; et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat,

A l'inverse, si quelqu'un a employé ses propres matériaux à construire sur le sol d'autrui, la maison appartient au propriétaire du sol. Mais ici le maître des matériaux en perd la propriété, car il est réputé les avoir aliénés volontairement, du moins s'il n'ignorait pas qu'il construisait sur le sol d'autrui; et c'est pourquoi la destruction même

si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit; nam scienti alienum solum esse potest objici culpa, quod ædificaverit temere in eo solo quod intelligeret alienum esse (Gaius, L. 7 § 12, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

de la maison ne lui permet pas de revendiquer ses matériaux. Mais il est certain que si le constructeur possède, le propriétaire du sol qui vient revendiquer la maison comme sienne, et qui ne paye pas le prix des matériaux et le salaire des ouvriers, peut être repoussé par une exception de dol, cela en supposant que la construction a été l'œuvre d'un possesseur de bonne foi; car à celui qui avait la conscience de n'être pas propriétaire on peut reprocher d'avoir étourdiment construit sur un terrain qu'il savait appartenir à autrui.

§ 31. — Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit; et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, si modo utroque casu radices egerit; ante enim quam radices egerit, ejus permanet cujus et fuerat. Adeo autem ex eo tempore quo radices agit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit ut in ejus fundum radices ageret, Titii effici arborem dicamus; rationem enim non permittere ut alterius arbor esse intelligatur quam cujus in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit (Gaius, L 7 § 13, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

Si Titius a déposé dans son propre sol la plante d'autrui, elle devient sienne; et, à l'inverse, s'il a déposé sa propre plante dans le terrain de Mævius, elle appartient à Mævius, cela pourvu que dans l'un et l'autre cas la plante ait pris racine; jusque-là, en effet, elle continue d'appartenir au même propriétaire. Mais il est tellement vrai que, du jour où elle a pris racine, la plante change de propriétaire, que si l'arbre du voisin appuie sur le terrain de Titius de manière à y enfoncer ses racines, nous décidons qu'il devient la propriété de Titius; et, en effet, la raison ne permet pas qu'un arbre soit réputé appartenir à un autre qu'au propriétaire dans le fonds duquel il a ses racines. Aussi l'arbre né près de la limite d'un fonds, venant à enfoncer une portion de ses racines dans le fonds voisin, devient commun.

§ 32. — Qua ratione autem plantæ quæ terra coalescunt solo cedunt,

En vertu du même principe qui attribue les plantes au propriétaire

eadem ratione frumenta quoque quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Ceterum sicut is qui in alieno solo ædificaverit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus, ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide conseruit (Gaius, L. 9 pr., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

dans le terrain duquel elles se nourrissent, les blés qui ont été semés sont aussi réputés l'accessoire du sol. Mais de même que celui qui a construit sur le sol d'autrui peut, conformément à ce que nous avons dit, opposer une exception de dol au propriétaire qui revendique l'édifice, de même une exception de dol protége celui qui à ses frais et de bonne foi a ensemencé le fonds d'autrui.

255. Dans toutes les hypothèses dont je vais aborder l'examen, l'analyse découvre ceci de commun : deux choses appartenant à deux propriétaires différents s'unissent ensemble de manière à n'en former plus qu'une seule ; je veux dire que l'une, considérée comme principale, garde son individualité et son nom, tandis que l'autre s'absorbe en elle à titre d'accessoire et perd toute existence distincte. La chose accessoire est nécessairement mobilière ; la chose principale peut être mobilière ou immobilière.

L'incorporation d'un meuble à un autre meuble est appelée adjonction par les interprètes. Ce qui caractérise l'adjonction, c'est d'une part que la chose principale est une chose ouvrée, qui diffère par sa destination et par son nom des matières premières dont elle est composée ; c'est, d'autre part, que la chose accessoire, quel que fût son état antérieur, n'y entre que comme élément intégrant (1). Par exemple, ma voiture ayant perdu une roue, ou mon vase une anse, j'emploie, pour les rétablir dans leur intégrité, une roue ou une anse qui ne m'appartiennent pas (L. 7 §§ 1 et 2, *Ad exhib.*, X, 4) ; ou, si l'on préfère l'hypothèse classique des Institutes (§ 26 *sup.*), j'applique à mon habit la pourpre d'autrui. Désormais la roue, l'anse, la pourpre ont cessé d'être des objets spéciaux ; ils ont disparu dans un tout qui est une voiture complète, un vase entier, un habit orné de pourpre, et ce tout m'appartient évidemment. Mais comme il n'est pas admissible que je m'enrichisse sans cause aux dépens du propriétaire de la chose acces-

(1) Si la chose principale n'est pas ouvrée, ou si des deux choses ni l'une ni l'autre n'est principale, chaque propriétaire conserve son droit (L. 27 pr. et § 2, *De acq. rer. dom.*).

soire, par quelle voie lui assurerons-nous une indemnité? De deux choses l'une : ou quelque hasard l'a mis en possession de la chose principale, par exemple de l'habit, ou, ce qui est le fait ordinaire, il ne possède pas. Dans le premier cas, il attendra que je revendique, et si je ne consens pas à lui payer le prix de sa chose, il me repoussera par une exception de dol (L. 23 § 4, *De rei vind.*). Dans le second cas, on examine s'il est possible, par une séparation matérielle, de rendre son individualité à la chose accessoire (1). Si oui, le propriétaire dépouillé exerce contre moi l'action *ad exhibendum* à l'effet d'obtenir la séparation et la représentation de la chose, puis de la revendiquer (2). Sinon, on lui donne une action *in factum* (L. 23 § 5, *De rei vind.*). Dans tous les cas, au surplus, si l'adjonction a été précédée d'un *furtum*, l'auteur quelconque de ce délit est passible de toutes les actions qui en résultent régulièrement (§ 26 *sup.*).

256. Quant à l'incorporation d'une chose mobilière à un immeuble, on la connaîtra suffisamment par l'explication des deux règles suivantes : 1° *Superficies solo cedit* (Gaius, II, § 73); 2° *Plantæ quæ terra coalescunt solo cedunt* (§ 32 *sup.*).

La règle *Superficies solo cedit* signifie que toutes les constructions, et, plus généralement, tous les travaux faits sur le sol ou même dans le sol ne s'en distinguent plus et en deviennent partie intégrante (L. 44 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 2, C., *De servit.*, III, 34) (3); de sorte que la propriété du sol implique nécessairement la propriété des travaux, quel qu'en soit l'auteur et quelle que soit la provenance des matériaux employés (4). Les Institutes (§§ 29 et 30 *sup.*)

(1) Cette séparation sera presque toujours possible. Elle ne le serait pas en cas de *ferruminatio*. On appelle ainsi, par opposition à *plumbatura*, une opération qui consiste à couler immédiatement un objet de métal sur un autre objet de même métal. La *plumbatura* suppose au contraire l'interposition d'un métal étranger (L. 23 § 5, *De rei vind.*).

(2) L'action *ad exhibendum* est donnée ici contre l'auteur de l'adjonction, quoiqu'il ait agi de bonne foi. C'est ce qui résulte du rapprochement des deux textes suivants (L. 6, *ad exhib.*, X, 4. — L. 1 § 2, *De tign. junct.*, XLVII, 3). En cela, on déroge au droit commun, car l'action *ad exhibendum* ne compète pas d'ordinaire contre celui qui sans dol a cessé de posséder.

(3) Étymologiquement, *superficies* ne désignerait que les travaux élevés au-dessus du sol, mais ce qui prouve qu'il faut aller au delà des données étymologiques et comprendre dans ce mot tout ce que l'homme ajoute au sol, c'est qu'on oppose *superficies* à *solum* ou *area* (L. 23 pr., *De usurp. et usuc.* — Cic., *Epist. ad Att.*, IV, 1); toutefois *superficies* ne comprend pas les plantations (L. 13, *De serv. præd. rust.*, VIII, 3).

(4) Quelques jurisconsultes n'avaient pas appliqué la règle dans toutes ses conséquences (L. 28, *De acq. rer. dom.*).

appliquent cette règle dans deux hypothèses devenues célèbres : 1° sur mon propre sol je construis avec les matériaux d'autrui; 2° sur le sol d'autrui je construis avec mes propres matériaux. — Dans l'un et l'autre cas, il ressort de la règle posée que la maison appartient au propriétaire du sol. Mais le propriétaire qui a perdu ses matériaux va-t-il obtenir une indemnité, et par quelle voie? Pour répondre à cette question très-complexe, il faut reprendre séparément les deux hypothèses.

1re *hypothèse.* — J'ai construit sur mon propre sol avec les matériaux d'autrui (§ 29 *sup.*). — Trois propositions résument ce qui est dit ici par les Institutes : 1° tant que la maison subsiste, la loi des Douze Tables défend au propriétaire des matériaux de les revendiquer ou d'exercer l'action *ad exhibendum ;* 2° cette même loi lui donne, en revanche, une action appelée *de tigno juncto* par laquelle il obtient le double de la valeur de ses matériaux; 3° en cas de démolition volontaire ou de ruine fortuite, la revendication lui est ouverte (1), pourvu qu'il n'ait pas encore été indemnisé par l'action *de tigno juncto* (2).

De ces trois propositions il n'y a que la dernière qui soit pleinement vraie. Mais il est faux, malgré l'affirmation absolue des Institutes, que le propriétaire des matériaux ne puisse jamais agir ni en revendication ni *ad exhibendum :* il le peut, lorsque le constructeur a été de mauvaise foi, non sans doute que celui-ci possède, mais on le considère comme ayant perdu la possession par dol ; or il est de principe que nul ne se soustrait à ces deux actions en se mettant frauduleusement dans l'impossibilité de restituer (L. 1 § 2, *De tign. junct.*, XLVII, 3. — L. 98 § 8, *in fine*, *De solut.*, XLVI, 3). Ce qui est vrai, c'est qu'elles sont absolument refusées contre le constructeur de bonne foi, et que même à l'égard du constructeur de mauvaise foi elles n'aboutissent jamais à la démolition, ni par conséquent à une restitution en nature. Ainsi l'avait décidé la loi des Douze Tables (3). Il est également faux,

(1) Le droit du propriétaire des matériaux est donc paralysé par leur immobilisation plutôt qu'il n'est anéanti. Réciproquement, le propriétaire du sol est bien propriétaire de la maison considérée dans sa forme actuelle, mais non pas des matériaux envisagés comme meubles. Vainement donc il aliénerait : l'acquéreur de la maison ne pourrait, malgré sa bonne foi, ni usucaper ni prescrire les matériaux (L. 23 § 7, *De rei vind.* — L. 7 § 11, *De acq. rer. dom.*) ; car il ne les possède pas comme tels, et par conséquent après la démolition il lui faudrait commencer une usucapion ou une prescription nouvelle (L. 23 § 2, *De usurp. et usuc.*).

(2) Ou même par une autre action.

(3) Le motif de cette disposition n'était pas, comme on l'a dit quelquefois, le dé-

nonobstant la généralité du texte des Institutes, que l'action *De tigno juncto* compète toujours au propriétaire des matériaux. Ulpien (L. 1 pr., *De tign. junct.*) atteste que les Douze Tables la restreignaient au cas où le constructeur avait employé des matériaux volés (1). De plus, et surtout si l'on envisage le droit classique, il est certain qu'elle est particulièrement utile contre le constructeur de bonne foi. Et en effet, celui qui sciemment emploie sur son fonds les matériaux d'autrui commet un *furtum*, partant se soumet à toutes les conséquences de ce délit. Donc le propriétaire dépouillé peut tout à la fois par l'action *furti* obtenir une peine égale au double ou au quadruple du préjudice causé, et par la revendication ou une autre action équivalente (2), se faire payer l'exacte indemnité de ce préjudice (Inst., § 19, *De obl. quæ ex del.*, IV, 1). Il est donc bien évident que l'action *de tigno juncto*, qui lui procure le double de la valeur des matériaux et qui exclut l'exercice de la revendication ou de toute action non pénale, ne lui donnerait pas une satisfaction aussi pleine (3). Néanmoins, elle lui épargne la

sir d'empêcher que la ville ne fût enlaidie par des démolitions et des ruines. Ce qui prouve bien que les décemvirs ne se préoccupaient pas ici de la grâce du coup d'œil, c'est qu'ils disposaient de même à l'égard des échalas d'autrui qu'un propriétaire aurait placés dans ses vignes (L. 1 pr., *De tign. junct.*). Leur vraie pensée était, je crois, celle-ci : la démolition diminuerait considérablement la valeur des matériaux transformés désormais en décombres, et elle anéantirait tout à fait celle de la main-d'œuvre. On réaliserait donc un grand mal en vue d'un bien faible avantage. Il convient, toutefois, d'ajouter que le point de vue faussement attribué aux décemvirs inspira plus tard un certain nombre de décisions législatives (notamment, L. 7, *De off. præs.*, I, 18. — L. 2, C., *De ædif. priv.*, VIII, 10).

(1) On a prétendu que cette distinction entre le *tignum furtivum* et le *tignum non furtivum* ne fut introduite que par une jurisprudence postérieure aux Douze Tables, et l'on s'est fondé sur un texte de Nératius (L. 63, *De donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1). Mais il est fort remarquable, d'abord, que ce texte est suivi d'une note de Paul qui confirme tout à fait ce que dit Ulpien. Reste à voir si Nératius lui-même le contredit : il suppose qu'une femme a donné des matériaux à son mari et que celui-ci les a incorporés à sa propre maison. La donation étant nulle entre époux, la femme aura-t-elle une action? Voici, en transposant d'après plusieurs manuscrits les mots *quia* et *quamvis*, comment je comprends la réponse du jurisconsulte : la femme n'a pas l'action résultant des Douze Tables (*De tigno juncto*); elle ne l'a pas, parce que les décemvirs n'ont point songé à des matériaux employés du consentement du propriétaire lui-même. Cependant on lui donnera une action, mais laquelle? c'est ce que Nératius néglige de dire, et c'est ce qui motive l'annotation de Paul. Il n'y a rien là qui implique que la loi des Douze Tables ne distinguât pas entre le *tignum furtivum* et le *tignum non furtivum*.

(2) Je fais allusion à l'action *ad exhibendum* et à la *condictio furtiva*.

(3) Je suppose admis que l'action *de tigno juncto* est mixte et non pas purement pénale. C'est ce qui résulte des Institutes (§ 29 *sup.*). Cependant Ulpien paraît dire le contraire (L. 2, *De tign. junct.*). Il décide que celui qui a agi *tigni furtivi nomine*

nécessité de prouver la mauvaise foi personnelle du constructeur; et dès lors, si cette preuve lui paraît trop difficile à fournir, il agit utilement *de tigno juncto* sous la seule condition de justifier d'un *furtum* commis par une personne connue ou inconnue (1).

En résumé, si l'on veut fixer exactement la situation du propriétaire des matériaux, trois cas doivent être distingués : 1° le propriétaire du sol a construit de mauvaise foi : il est traité comme voleur; 2° il a employé des matériaux volés par un tiers, mais de bonne foi, ou, ce qui revient au même, sans mauvaise foi prouvée : il est tenu de l'action *de tigno juncto;* 3° enfin il a employé de bonne foi des matériaux non volés. Dans ce cas non prévu aux Institutes, j'estime qu'à défaut d'action fournie par le droit commun (2), les jurisconsultes le soumettaient à une action *in factum* pareille à celle qu'on donne contre l'auteur de l'adjonction lorsque la séparation de l'objet accessoire est impossible (n° 255).

257. 2e *hypothèse*. — Avec mes propres matériaux j'ai construit sur un terrain dont j'avais la possession, mais non la propriété. Ai-je construit de bonne ou de mauvaise foi? Telle est la distinction essentielle à laquelle les Romains s'attachent ici.

Supposons d'abord que j'ai construit de bonne foi (3). Tant que je

ædibus juncti n'en est pas moins reçu à revendiquer. Mais le texte peut s'expliquer de deux façons : ou bien c'est à l'action *furti* qu'Ulpien fait allusion, ou, si c'est à l'action *de tigno juncto*, il faut admettre que, pour triompher sur la revendication, le demandeur devra restituer la moitié de la somme reçue en vertu de la première condamnation (Arg. de la loi 9 § 1, *De furt.*, XLVII, 2).

(1) Si le constructeur de bonne foi est traité avec plus de rigueur quand le *tignum* est *furtivum*, cela tient à ce que la loi veut protéger plus énergiquement le propriétaire volé que le propriétaire simplement négligent. Cela tient aussi peut-être à ce que l'acquisition d'une chose volée implique un défaut de vigilance plus grave que la simple acquisition d'une *res aliena*.

(2) Le droit commun fournit quelquefois une action au propriétaire, par exemple si le constructeur était obligé envers lui *ex contractu*, notamment comme héritier du dépositaire des matériaux.

(3) Qu'est-ce que le constructeur de bonne foi? Certainement cette qualité suppose que le possesseur a construit se croyant propriétaire (L. 37, *De rei vind.*, VI, 1), et par cela même elle implique d'une manière presque absolue que telle était déjà sa croyance au moment où il entrait en possession. Mais cette bonne foi de fait suffit-elle, ou faut-il de plus une *justa causa possidendi?* Je reconnais que cette seconde opinion pourrait s'appuyer sur la nature même des hypothèses prévues en plusieurs textes (LL. 37 et 38, *De rei vind.*). Cependant j'incline à rejeter la nécessité d'une *justa causa*, et je me fonde sur ce que, comme on le verra, le constructeur de mauvaise foi est présumé donner gratuitement au propriétaire du sol ses matériaux et son travail, présomption évidemment inapplicable à celui qui, n'ayant pas de titre, se croit néanmoins propriétaire.

possède, le propriétaire est dans la nécessité de revendiquer : j'attends donc qu'il agisse, et alors, à l'aide d'une exception de dol insérée dans la formule, je le repousse s'il ne me paye à son choix ou ma dépense ou la plus-value résultant de la construction (1). En me remboursant ma dépense inférieure à la plus-value, il s'enrichit, mais sans m'appauvrir ; en me payant la plus-value inférieure à la dépense, il m'appauvrit, mais sans s'enrichir. Que si je viens à perdre la possession, c'est une action qu'il me faudrait désormais pour obtenir une indemnité ; et cette action, le droit romain me la refuse sous ce prétexte qu'entre le propriétaire et moi il n'est intervenu ni contrat ni fait qu'on puisse assimiler à un contrat (L. 33, *De cond. ind.*, L. XII, 6. — 14, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4. — L. 48, *De rei vind.*, VI, 1) (2). Mais que plus tard la construction périsse par cas fortuit ou soit démolie, et rien ne m'empêchera plus de revendiquer mes matériaux (L. 2, C., *De rei vind.*, III, 32) ; car ce qui appartenait au propriétaire du sol, c'était

(1) Les Institutes, se plaçant sans doute dans l'hypothèse la moins fréquente, celle d'une dépense inférieure à la plus-value, décident trop absolument que le propriétaire du sol doit rembourser l'intégralité de la dépense (*pretium materiæ et mercedes fabrorum.*). Le texte qui pose la vraie doctrine appartient à Celsus (L. 38, *De rei vind.*). Il prouve, au surplus, que le juge jouissait ici d'un très-large pouvoir d'appréciation, et que par exemple il pouvait réduire le constructeur au droit d'enlever ses travaux, si le propriétaire était un homme pauvre que le payement d'une indemnité dût ruiner (L. 27 § 5, *De rei vind.*).

(2) Les Romains violent ici, d'une manière flagrante, ce principe admis pourtant dans le dernier état de leur droit classique, que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui (L. 206, *De reg. jur.*, L, 17). Quelques interprètes, ne pouvant se résigner à accepter ce résultat, et aimant mieux fausser le droit romain que de le trouver en contradiction avec l'équité, ont prétendu que le constructeur aurait l'action *negotiorum gestorum;* mais c'est méconnaître des textes formels d'après lesquels cette action n'est donnée qu'à celui qui a agi dans l'intention d'obliger un tiers, par conséquent se rendant bien compte qu'il ne faisait pas sa propre affaire (L. 14 § 1, *Comm. div.*, X, 3). Il faut remarquer, du reste, que la doctrine romaine perd beaucoup de sa rigueur apparente à raison des ressources que le constructeur dépossédé peut trouver soit dans la théorie des interdits, soit dans celle de l'action publicienne. S'il remplit les conditions voulues pour l'exercice de l'interdit *uti possidetis* ou de l'interdit *unde vi*, il se fera restituer la chose même par le propriétaire, et par conséquent se ménagera le rôle de défendeur à la revendication et l'exception *doli mali.* En dehors de cela, s'il était *in causa usucapiendi*, il agira utilement par l'action publicienne contre tout possesseur autre que le propriétaire. Que si c'est le propriétaire qui possède, une *exceptio justi dominii* lui compète certainement contre l'*intentio* du constructeur. Mais celui-ci ne pourra-t-il pas, en présence de cette exception, obtenir par une *replicatio doli* le résultat que lui procurerait une exception de dol, si, au lieu d'être demandeur dans la publicienne, il était défendeur à la *rei vindicatio?* L'analogie conduit à le croire, quoique les textes soient absolument muets sur la question.

la construction telle quelle, non les matériaux envisagés dans leur nature de meubles.

Plaçons-nous maintenant dans le cas où le constructeur a été de mauvaise foi. Les anciens jurisconsultes présumaient d'une manière absolue qu'il avait eu l'intention de gratifier le propriétaire du sol : d'où cette double conséquence que, possédant encore, il n'avait pas d'exception de dol pour obtenir le moindre remboursement, et que, la construction détruite, il n'était pas admis à en revendiquer les décombres. Cette doctrine rigoureuse, que les Institutes (§ 30 *sup.*) ne reproduisent que pour avoir trop exclusivement consulté et copié Gaius, avait pourtant reçu quelques adoucissements dès le début du troisième siècle. En effet, l'empereur Caracalla (L. 2, C., *De rei vind.*, III, 32), supposant la construction détruite, autorise le constructeur à revendiquer les matériaux, sous la condition de prouver qu'il n'a pas agi *animo donandi* (1) ; et Ulpien (L. 37, *De rei vind.*), sous-entendant, je pense, la même condition, lui permet, tant qu'il possède, d'enlever ses travaux, pourvu que le fonds n'en subisse aucune détérioration (2). C'est aussi la doctrine que l'on trouve dans une constitution de l'empereur Gordien (L. 5, C., *De rei vind.*).

258. Je passe au principe *Plantæ quæ terra coalescunt solo cedunt.* Il signifie que les arbres, et plus généralement les végétaux, font corps avec le sol dans lequel ils développent leurs racines, et par conséquent appartiennent au même propriétaire. Les Romains déduisirent

(1) La présomption absolue de l'ancien droit se conçoit assez bien lorsque le possesseur a été de mauvaise foi dès le commencement; car dès lors, ne pouvant ni usucaper ni prescrire, il doit savoir que la construction ne lui appartiendra jamais. Toutefois, même dans cette hypothèse, il est possible que cette présomption n'ait rien de fondé, par exemple si le possesseur se proposait de vendre et qu'il ait construit dans l'intention de trouver un prix plus élevé. A plus forte raison est-elle tout à fait inexacte lorsque le possesseur, se trouvant *in causa usucapiendi* ou *præscribendi*, n'a construit qu'après la survenance de la mauvaise foi.

(2) Que décider si la construction a été faite par un simple détenteur *sine animo domini?* Un texte (L. 55 § 1, *Locat.*, XIX, 2) autorise le preneur à se faire indemniser jusqu'à concurrence du profit que la construction procure au locateur, et j'étendrais volontiers cette décision à tous les cas où le constructeur était nanti de la chose en vertu d'un contrat de bonne foi fait avec le propriétaire lui-même. Hors de là, je distinguerais : si le détenteur, comme ce sera l'ordinaire, connaissait sa situation, il est impossible de le traiter mieux qu'un véritable possesseur qui serait de mauvaise foi. Si au contraire il ignorait la vérité, si par exemple il détenait comme héritier d'un usufruitier qu'il croyait propriétaire, j'incline, d'après une observation déjà faite (page 613, note 3), à le traiter aussi bien que le possesseur de bonne foi.

ce principe d'une idée aujourd'hui démontrée fausse, savoir que les végétaux se nourrissent exclusivement de substances empruntées à la terre par l'intermédiaire de leurs racines. De ce principe découlent les conséquences suivantes (1) : 1° votre arbre par moi transplanté dans mon terrain m'appartient dès qu'il y a pris racine (§ 31 *sup.*). Dans cette hypothèse, assez semblable à celle d'une construction faite sur mon propre sol avec les matériaux d'autrui, vous avez contre moi, si j'ai été de mauvaise foi, toutes les actions auxquelles le *furtum* donne naissance; si j'ai été de bonne foi, une *vindicatio utilis*, sans distinguer si l'arbre fait encore partie de mon terrain ou s'il en est séparé (L. 5 § 3, *De rei vind.* — L. 26 § 2, *De acq. rer. dom.*) (2). Mêmes décisions, malgré le silence des Institutes, si j'emploie votre blé à ensemencer mon fonds : la récolte sera mienne, et je serai tenu envers vous selon la distinction qui vient d'être indiquée; 2° si je plante sur votre sol un arbre qui m'appartient, il devient pareillement vôtre, dès qu'il y a pris racine (§ 31 *sup.*). Ici, tant que l'arbre fait corps avec votre sol, ma situation est identique à celle du possesseur qui a construit sur le fonds d'autrui (L, 38, *De rei vind.*). Mais, l'arbre une fois arraché ou tombé, je ne puis en aucun cas le revendiquer, par cette raison que ce n'est plus véritablement le même arbre. Même décision, si j'ensemence votre fonds avec des graines qui m'appartiennent (§ 32 *sup.* — L. 53, *De rei vind.*); 3° un arbre dont le tronc n'apparaît que sur mon terrain vient à pousser toutes ses racines dans votre sol; il est dès lors votre propriété exclusive (§ 31 *sup.*); 4° si un arbre croît sur la limite séparative de deux fonds, il devient commun entre les deux propriétaires, non pas pour parts égales, mais proportionnellement à la quantité de racines qu'il a chez l'un et chez l'autre (§ 31 *sup.* — L. 7 § 13; L. 8 pr., *De acq. rer. dom.* — L. 83, *Pro soc.*, XVII, 2) (3).

(1) Voir en outre celle que j'ai déjà signalée (page 603, note 1).

(2) L'arbre est un être vivant, qui tous les jours se transforme et se renouvelle : voilà pourquoi, même après sa chute ou son extirpation, l'ancien propriétaire n'a pas de revendication directe, tandis que le propriétaire des matériaux employés sur le fonds d'autrui les revendique, après la démolition, par voie d'action directe. Ces matériaux sont toujours les mêmes, l'arbre est autre.

(3) Ces deux dernières conséquences du principe paraissent n'avoir pas été unanimement reçues. Pomponius (L. 6 § 2, *Arb. furt. cæsar.*, XLVII, 7) admet le droit exclusif du propriétaire dans le fonds duquel l'arbre s'élève au-dessus du sol, mais il donne au voisin l'action négatoire pour faire couper les racines qui plongent dans son fonds.

259. De l'étude de ces diverses hypothèses une conclusion très-claire se dégage; c'est qu'avant le fait de l'incorporation il y avait deux choses distinctes, et que désormais il n'y en a plus qu'une seule qui a absorbé l'autre. La chose accessoire a péri d'une manière définitive ou provisoire, et voilà pourquoi son ancien propriétaire a perdu, soit pour toujours, soit pour un temps, le droit de la dire sienne et de la revendiquer (§ 26 *sup.*). Quant à la chose principale, elle s'est enrichie d'une plus-value qui nécessairement appartient à son propriétaire. Mais suit-il de là que juridiquement ce propriétaire ait acquis une propriété nouvelle? Non; et ce qui le prouve avec évidence, c'est qu'il lui est impossible, l'incorporation subsistant encore, de revendiquer la chose accessoire isolément et pour elle-même, et que, si elle venait à reprendre véritablement son individualité antérieure, elle rentrerait par cela seul dans le patrimoine de son ancien propriétaire. Ces hypothèses nous offrent donc toutes comme résultat l'extinction et non pas la transmission d'un droit de propriété, de sorte qu'ici encore il n'y a pas lieu de faire intervenir l'idée d'une acquisition par accession.

V. — DE LA SPÉCIFICATION.

Lib. II, tit. II, *De divisione rerum et qualitate*, § 25. — Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiæ dominus fuerit : ut ecce, si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel ære vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si

Lorsqu'une personne a fait une chose nouvelle avec une matière qui ne lui appartenait pas, on se demande à qui cette chose doit appartenir d'après la raison naturelle, si c'est au spécificateur, ou plutôt au propriétaire de la matière : par exemple, avec les raisins, les olives ou les épis d'autrui on a fait du vin, de l'huile ou du blé; avec l'or, l'argent ou le cuivre d'autrui, un vase; avec le vin et le miel d'autrui, du *mulsum;* avec les médicaments d'autrui, un emplâtre ou un collyre; avec la laine d'autrui, un vêtement; avec les planches d'autrui, un navire, une armoire ou un banc. Et après de longues controverses entre les Sabiniens et les Proculiens, on a admis une opinion intermédiaire d'après laquelle,

ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse qui materiæ dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit : ut ecce, vas conflatum potest ad rudem massam æris vel argenti vel auri reduci; vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit, quum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiæ præstavit (Gaius, L. 7 § 7, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

si la chose nouvelle peut être ramenée à sa forme première, on en répute propriétaire celui-là même à qui la matière appartenait, et si, au contraire, elle ne le peut pas, on tient pour propriétaire le spécificateur : par exemple, un vase fondu peut redevenir lingot de cuivre, d'argent ou d'or; mais le vin, l'huile, le blé ne peuvent pas redevenir raisins, olives ou épis, et le *mulsum* ne peut pas non plus être décomposé en vin et en miel. Que si l'on a fait une chose nouvelle, en partie avec sa propre matière, en partie avec celle d'autrui, par exemple du *mulsum* avec son vin et le miel d'autrui, un emplâtre ou un collyre avec ses propres médicaments et ceux d'un autre, un vêtement avec sa laine et celle d'autrui, il n'est pas douteux qu'en pareil cas le spécificateur est réputé propriétaire, ayant fourni non-seulement son travail, mais encore une partie de la matière.

§ 33.—Litteræ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranisque cedunt ac solo cedere solent ea quæ inædificantur aut inseruntur; ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est (Gaius, L. 9 § 1, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

De même, des caractères, bien qu'ils soient d'or, sont réputés l'accessoire du papier ou du parchemin, comme les constructions et les plantations sont l'accessoire du sol; et c'est pourquoi si, sur votre papier ou votre parchemin, Titius écrit un poëme, une histoire, un discours, l'objet lui-même appartient, non pas à Titius, mais à vous. Mais si vous revendiquez contre Titius vos livres ou vos parchemins, et que vous ne soyez pas disposé à lui payer les frais de l'écriture, il pourra se défendre par une exception de dol, cela du moins s'il avait acquis de bonne foi la possession des papiers et des parchemins.

§ 34. — Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere; aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere. Sed nobis videtur melius esse tabulam picturæ cedere : ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente, is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit possideat, consequens est ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur : quo casu, si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est quod, sive is qui pinxit subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio (Gaius, L. 9 § 2, *De acq rer. dom.*, XLI, 1).

Si l'on a fait un tableau sur la planche d'autrui, quelques-uns pensent que la planche est l'accessoire de la peinture; d'autres croient que la peinture, quelle qu'en soit la valeur, est l'accessoire de la planche. Quant à nous, il nous semble préférable de voir dans la planche l'accessoire de la peinture : il est ridicule, en effet, de traiter l'œuvre d'un Apelles ou d'un Parrhasius comme l'accessoire d'une planche sans valeur. C'est pourquoi, le propriétaire de la planche étant en possession du tableau, si le peintre le revendique sans payer le prix de la planche, il pourra être repoussé par une exception de dol. Logiquement donc, si c'est le peintre qui possède, le propriétaire de la planche n'aura contre lui qu'une action utile; mais s'il ne paye pas les frais de la peinture, il pourra être repoussé par une exception de dol, cela en supposant que le peintre fût possesseur de bonne foi. Il est évident, en effet, que si la planche a été volée soit par le peintre, soit par un autre, l'action *furti* compète à son propriétaire.

266. La spécification, mot barbare imaginé par les interprètes, consiste à transformer une chose, considérée comme matière première, en une chose nouvelle (*nova species*), c'est-à-dire différente par son aspect, par sa destination et par son nom. Par exemple, je presse des raisins et j'en fais du vin; je fonds un lingot d'argent et je le coule en forme de vase ou de statue (1). Si l'on suppose

(1) Justinien (§ 25 *sup.*) cite aussi comme exemple de spécification le cas où j'extrais le blé contenu dans les épis d'autrui. Je m'expliquerai tout à l'heure sur cette hypothèse (page 621, note 2).

que le spécificateur n'était pas propriétaire de la matière, s'il a employé les raisins ou l'argent d'un tiers, est-ce à lui ou à ce tiers qu'appartiendra la chose nouvelle? Anciennement, deux doctrines absolues partagèrent les jurisconsultes (Gaius, II, § 79) : les Sabiniens attribuaient dans tous les cas la chose nouvelle au propriétaire de la matière, considérant sans doute que cette matière survit à sa transformation et que sans elle l'œuvre du spécificateur eût été impossible. D'après les Proculiens, au contraire, c'est toujours à celui-ci qu'appartenait la chose nouvelle, et cela en vertu d'un raisonnement bien simple (1). Sans doute, disaient-ils, si l'on se place à un point de vue purement philosophique, la matière première subsiste encore, puisque rien de ce qui est ne saurait absolument cesser d'être. Mais qu'est-ce que nous entendons par destruction, mort, anéantissement? précisément des transformations, et rien de plus. Or à ce point de vue l'ancienne matière a péri, et la chose nouvelle, n'ayant jamais appartenu à personne, naît la propriété de son créateur. Aux yeux des Sabiniens donc, l'individualité d'un être est indépendante de sa forme actuelle, tandis que les Proculiens la font justement résider dans cette forme (2). De là d'abord la divergence en ce qui concerne la question de propriété. Mais elle ne s'arrête pas là, et voici trois points sur lesquels, par voie de conséquence, les deux doctrines conduisent à des solutions contraires : 1° en supposant que la matière première fût soumise à des hypothèques, la chose nouvelle en est-elle grevée? Oui, dans le système des Sabiniens; non, dans celui des Proculiens; 2° si la matière était *res furtiva*, la chose nouvelle est-elle aussi *res furtiva*? Oui encore, d'après les Sabiniens; non, d'après les Proculiens (L. 4 § 20, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3); 3° si le spécificateur veut détruire la chose nouvelle, en a-t-il le droit? Non, d'après les Sabiniens, car il détruirait la chose

(1) Dans le système sabinien, le spécificateur qui possède et qui a été de bonne foi doit avoir une exception de dol pour se faire indemniser par le propriétaire qui revendique. Dans le système proculien, c'est le propriétaire de la matière qui doit être indemnisé, mais il ne peut avoir dans ce but qu'une action personnelle, peut-être une *condictio sine causa*.

(2) Cependant Ulpien rapporte que d'après Sabinus il fallait considérer comme détruite la matière qui avait changé de forme (L. 13 § 1, *De verb. sign.*, L. 16). Mais probablement Sabinus se plaçait dans une espèce particulière que nous ignorons. Quelle que soit d'ailleurs la portée de ce texte, il prouve que l'on ne doit pas regarder comme absolue la dissidence des deux écoles, et qu'un même jurisconsulte pouvait admettre les deux points de vue opposés en faisant la part de l'un et de l'autre. C'est ainsi que le Sabinien Cassius donne une décision qui paraît proculienne (L. 18 § 3, *De pign. act.*, XIII, 7).

d'autrui; oui, d'après les Proculiens, car il détruit sa propre chose; et il faut ajouter que si cette destruction aboutissait à rétablir la matière première dans sa forme antérieure, l'opinion proculienne n'admettrait pas qu'elle retournât à son ancien propriétaire (1).

Entre ces deux doctrines extrêmes une opinion intermédiaire apparut, qui fit la part de l'une et de l'autre en distinguant si la chose nouvelle pouvait ou non être ramenée à sa forme antérieure (2). Si oui, s'il s'agit par exemple d'un lingot d'argent transformé en statue, il est difficile de soutenir que l'ancienne matière soit véritablement anéantie, et l'on ne comprendrait pas, quelle que fût la supériorité du travail et la valeur artistique de l'œuvre, que le propriétaire perdît sa chose, quand il est matériellement possible qu'il la recouvre. C'est donc l'opinion sabinienne qui triomphe en cette hypothèse. Qu'au contraire la chose nouvelle ne puisse plus reprendre son état antérieur, qu'il s'agisse par exemple de raisins convertis en vin, alors, la matière première ayant bien définitivement disparu, c'est l'opinion proculienne qui prévaut, le spécificateur est donc propriétaire. Ce système éclectique, admis par Paul (LL. 24 et 26 pr., *De acq. rer. dom.*) (3), fut définitivement consacré par Justinien (4).

(1) Il est fort probable que la divergence des deux écoles s'étendait au cas où la spécification était l'œuvre du propriétaire lui-même. Voici notamment deux questions qui devaient les diviser : 1° Les hypothèques grevant la matière première portent-elles sur la chose nouvelle (L. 18 § 3, *De pign. act.*, XIII, 7)? 2° Le legs de la matière première périt-il par sa transformation en une chose nouvelle? Sur cette seconde question, la controverse est certaine; deux textes le prouvent (L. 44 §§ 2 et 3, *De leg.* 1°, XXX. — L. 88 pr. §§ 1 à 3, *De leg.* 3°, XXXII), et il ressort du dernier que Paul la résolvait d'après le système mixte que Justinien consacre aux Institutes (§ 25 *sup.*).

(2) Cette troisième opinion n'est pas même indiquée aux Institutes de Gaius, et cela prouve très-clairement qu'elle n'était pas la sienne. Dans un autre ouvrage beaucoup plus développé, dans ses *Res quotidianæ*, il l'exposait, et un fragment inséré au Digeste donnerait à croire qu'il l'approuvait (L. 7 § 7, 3e ph., *De acq. rer. dom.*). Mais il ne faut pas hésiter à mettre sur le compte de Justinien le mot *recte* qui exprime cette approbation. — Dans ce même texte, Gaius fait remarquer avec beaucoup de raison, mais contrairement à l'opinion de plusieurs jurisconsultes, que celui qui extrait le blé contenu dans les épis d'autrui, bien loin de créer une chose nouvelle, ne fait que dégager et rendre visible une chose déjà existante. Justinien (§ 25 *sup.*) a donc tort de voir là un cas de spécification, et d'attribuer les grains de blé à celui qui les a dépouillés de leur enveloppe, sous ce prétexte qu'ils ne peuvent pas revenir à leur état antérieur.

(3) Mais un autre texte de Paul (L. 12 § 3, *Ad exhib.*, X, 4) paraît limiter l'application de ce système au cas où le spécificateur est de bonne foi, et dans le cas contraire, admettre purement et simplement la doctrine sabinienne : *quod ex re nostra fit nostrum esse verius est*, dit le jurisconsulte.

(4) Supposons que le spécificateur ait fourni une partie de la matière. Les Insti-

Au surplus, dans aucun de ces trois systèmes, l'idée d'une acquisition par accession n'est recevable. Et en effet, la chose nouvelle appartient-elle au propriétaire de la matière : il n'y a pas même acquisition, puisque juridiquement la matière reste la même, enrichie seulement de la plus-value qu'elle doit à l'industrie du spécificateur. La chose nouvelle appartient-elle à celui-ci : il y a bien alors une acquisition, mais qui ne se présente pas comme la conséquence d'un autre droit de propriété appartenant antérieurement au spécificateur. La vérité est que l'ancienne matière est *res extincta* (Gaius, II, § 79), et que l'acquisition porte sur une *res nullius* (L. 7 § 7, *De acq. rer. dom.*). Aussi quelques interprètes y voient-ils une forme particulière d'occupation : plus volontiers je la rattacherais à la *lex*.

261. De la spécification je rapprocherai deux hypothèses que rationnellement les Romains auraient dû y faire rentrer :

1° Sur le papier ou le parchemin d'autrui j'écris un ouvrage de ma composition, ou bien je copie l'ouvrage d'un autre. Les Romains assimilent cette hypothèse à celle d'une construction élevée sur le sol d'autrui, d'où la conséquence que l'écriture, fût-elle en caractères d'or, appartient au propriétaire du papier (1). Seulement, si l'auteur de l'écriture a été de bonne foi et qu'il possède encore, une exception de dol lui permet de repousser la revendication du propriétaire, à moins que celui-ci ne préfère l'indemniser (§ 33 *sup.* — Gaius, II, § 77).

2° Sur la planche d'autrui j'exécute une peinture originale, ou je copie le tableau d'un autre. Dans une opinion que Paul (L. 23 § 3, *De*

tutes (§ 25 *sup.*, *in fine*) semblent vouloir que par cela seul la chose nouvelle lui appartienne toujours. Mais cette doctrine ne se conçoit dans le système mixte de Justinien qu'autant que la matière ne peut pas reprendre sa forme primitive, et telle est, en effet, l'hypothèse à laquelle se réfèrent tous les exemples donnés par le texte. Aussi je pense que Justinien a seulement voulu repousser la conséquence à laquelle aboutissaient dans ce cas les Sabiniens, qui déclaraient la chose commune (L. 5 § 1, *De rei vind.*). Que si le retour de la matière à son premier état est possible, la doctrine des Institutes doit logiquement accepter la conclusion sabinienne et reconnaître que la chose est commune. Et telle est bien la pensée de Justinien, ainsi que le prouve un autre texte des Institutes (Inst., § 27, 2e ph., *De divis. rer.*). C'est donc à tort que le Digeste reproduit une décision de Callistrate (L. 12 § 1, *De acq. rer. dom.*), d'après laquelle chacun conserve ici la propriété de sa matière. Cette décision s'écarte tout à la fois des trois systèmes ci-dessus exposés.

(1) Bien entendu, il ne s'agit nullement ici de ce que nous appelons la propriété littéraire, c'est-à-dire du droit exclusif de reproduire l'œuvre. De même dans l'hypothèse suivante, il ne s'agit pas de la propriété artistique. Les Romains ne conçurent jamais ni l'une ni l'autre.

rei vind.) présente comme certaine, c'est au propriétaire de la planche qu'appartient le tableau (*imago*). Mais il paraît qu'une jurisprudence antérieure l'attribuait au contraire au peintre. Telle est, en effet, la doctrine que rapportent les Institutes de Gaius (II, § 78), et c'est celle que Justinien (§ 34 *sup.*) consacre définitivement. Cela étant, quel va être le droit du propriétaire de la planche? De deux choses l'une : ou il possède le tableau, et alors à la revendication du peintre il oppose une exception de dol dont l'effet est le même que dans la précédente hypothèse; ou, au contraire, c'est l'artiste qui possède, et alors il est tenu d'une revendication utile (1) qui le mettra en demeure de choisir entre deux partis : ou garder le tableau et payer la valeur de la planche, ou au contraire restituer le tableau et se faire payer le prix de la peinture (2).

Pour motiver son retour à la doctrine que la pratique avait abandonnée depuis Gaius, Justinien se fonde sur ce que l'œuvre d'un Apelles ou d'un Parrhasius ne saurait être considérée comme l'accessoire d'une planche sans valeur, motif ridicule; car les Apelles et les Parrhasius sont rares, et il peut arriver que la peinture ne vaille pas la planche. Est-ce à dire qu'il faille condamner la décision de Justinien? Non ; mais elle se justifierait mieux par un motif qu'il n'a pas aperçu : c'est que la planche a été transformée, c'est qu'il y a véritablement création d'un objet nouveau. Le même motif, si l'empereur s'en fût rendu compte, l'aurait conduit à attribuer à l'écrivain la propriété du manuscrit. Avec beaucoup de justesse, en effet, Gaius (II, § 78) remarque qu'il n'y a aucune raison sérieuse de distinguer entre le tableau et le manuscrit. Il est vrai que cette observation l'amenait à critiquer la doctrine de son temps relativement au tableau, tandis que je condamne beaucoup plutôt celle que les Romains admirent d'une manière constante à l'égard du manuscrit. Leur erreur consista à assimiler ces deux hypothèses à celle d'une construction ou d'une plantation faite sur le sol d'autrui, au lieu d'y voir deux cas de spécification; car un tableau

(1) Il est bizarre, puisque l'artiste est propriétaire, qu'il soit tenu de la revendication; et c'est parce que cette action s'écarte ici des véritables principes que le texte la qualifie utile. Les mots *consequens est* du § 34 ont pour but de faire ressortir cette idée. Ce qui est logique, dans la pensée de Justinien, ce n'est pas de donner une revendication contre le peintre; c'est de la donner *utilis*.

(2) Cette indemnité n'est exigible qu'autant que le peintre a été de bonne foi. Sinon, il est tenu pour voleur et soumis à toutes les actions qui naissent à la suite du *furtum* (§ 34 *sup.*, *in fine.*). Mais même alors, puisqu'il est propriétaire du tableau, il a le droit évident de le garder.

est autre chose qu'une planche, et un manuscrit ou un livre autre chose que du papier.

VI. — DE LA CONFUSION ET DU MÉLANGE.

Lib. II, tit. II, *De divisione rerum et qualitate*, § 27. — Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus quod ex confusione fit, utriusque commune est; veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed etsi diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est : nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuitu et non voluntate dominorum confusæ fuerint vel diversæ materiæ, vel quæ ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit (Gaius, L. 7 §§ 8 et 9, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

Si des matières appartenant à deux propriétaires ont été confondues par leur volonté commune, le produit résultant de la confusion est indivis entre eux, par exemple s'ils ont confondu leurs vins, ou fondu ensemble leurs lingots d'argent ou d'or. Mais, même en supposant que les deux matières soient de nature différente, et qu'en conséquence la confusion ait engendré une chose nouvelle, que par exemple du *mulsum* ait été fait avec du vin et du miel, ou de l'ambre avec de l'or et de l'argent, la décision demeure la même; il n'est pas douteux, en effet, que, même dans ce cas, le produit est commun. Que si c'est par hasard, et non par la volonté des propriétaires, que des matières de nature différente ou de même nature ont été confondues, on admet encore la même règle.

§ 28. — Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit; quia singula corpora, id est singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant; nec magis istis casibus commune fit frumentum quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii

Lorsque le blé de Titius et le vôtre ont été mélangés, si c'est par votre volonté, le produit est commun, parce que les différents corps, c'est-à-dire les différents grains qui appartenaient à chacun, ont été mis dans l'indivision de votre consentement. Que si le mélange résulte du hasard, ou s'il a été opéré par Titius sans votre volonté, le produit n'est pas réputé commun, attendu que chaque grain conserve son individualité. Dans ces deux cas, le blé ne devient pas plus commun

tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit; arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet quale cujusque frumentum fuerit.

que ne le serait un troupeau composé des bestiaux de Titius réunis aux vôtres. Mais, en supposant que l'un de vous détienne la totalité de ce blé, l'autre a l'action réelle en proportion de la quantité qui lui appartient, et il entre dans l'office du juge d'apprécier la qualité du blé appartenant à chacune des deux parties.

262. Il y a confusion, lorsque deux corps liquides ou liquéfiés, appartenant à deux propriétaires différents, se réunissent sans former une espèce nouvelle, mais de manière à ne pouvoir plus être séparés (1). Par exemple, votre vin et le mien ont été enfermés dans une même amphore. Quelle que soit la cause de la confusion, le produit en est commun entre les deux propriétaires. A chacun d'eux par conséquent compète l'action *communi dividundo*, et cette action aboutit à des adjudications dans lesquelles le juge tient compte à chacun de la quantité et de la qualité de la matière qu'il a fournie (§ 27 *sup.*) (2).

Il y a mélange, lorsque des corps solides, appartenant à deux propriétaires différents, se confondent en une masse commune dans laquelle il devient impossible à chacun de discerner les siens. Par exemple, le blé de Primus et le blé de Secundus ont été mis en un même tas ou dans un même sac. La question de propriété se règle ici d'après la distinction suivante : Le mélange est-il l'œuvre de la volonté des deux propriétaires, on peut dire alors qu'il y a une tradition réciproque ; le produit est donc commun, et il y a lieu à une action *communi dividundo* dont les résultats seront les mêmes qu'en cas de confusion. Le mélange résulte-t-il, au contraire, du fait d'un seul des propriétaires, du fait d'un tiers, ou même d'un pur hasard : chacun conserve sa propriété, et cela, nous disent les Institutes, parce que chaque grain de blé garde lui-même son individualité, ainsi qu'il arrive pour chaque tête de bétail,

(1) Lorsque la séparation est possible, chacun conserve la propriété de sa matière. Ulpien le dit formellement dans un texte curieux d'ailleurs en ce que nous y voyons que les Romains ne connaissaient aucun procédé pour séparer l'or du cuivre (L. 5 § 1, *De rei vind.*).

(2) Dans la même hypothèse, si l'un des deux copropriétaires possède seul et conteste la propriété de l'autre, celui-ci doit recourir à la *rei vindicatio* (L. 3 § 2; L, 4, *De rei vind.*, VI, 1).

dans le cas où deux troupeaux se réunissent en un seul. Cela étant, si l'un des propriétaires détient seul la masse résultant du mélange, l'autre revendiquera son blé; et le juge, ne pouvant lui faire rendre exactement les grains qui lui appartiennent, déterminera, eu égard à leur quantité et à leur qualité, la portion du tout qui doit lui être restituée. Mais au lieu de lui adjuger directement cette portion, il ordonnera au défendeur de lui en faire la tradition; et faute par celui-ci d'obéir à cette injonction, il y aura lieu à une condamnation pécuniaire dont les principes de la revendication veulent que le demandeur lui-même détermine le chiffre (§ 28 *sup.*).

De ce qui précède il ressort que dans tous les cas la confusion et dans un cas le mélange emportent translation de propriété; et c'est ici surtout que l'idée d'une acquisition par accession peut paraître admissible. Cependant cette idée ayant été démontrée fausse partout ailleurs, il n'est guère croyable que pour deux hypothèses insignifiantes les Romains eussent admis un mode particulier d'acquérir. J'incline donc à rattacher l'acquisition à la *lex*.

DE L'EXTINCTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

263. Le droit de propriété, quoique naturellement perpétuel (n° 202), comporte néanmoins certaines causes d'extinction pure et simple; je veux dire qu'il y a des cas où le dépouillement du propriétaire n'a pas pour corrélatif et pour conséquence l'acquisition par un tiers. Ces cas, déjà signalés chemin faisant, n'ont plus besoin que d'une récapitulation sommaire. Ce sont les suivants :

1° La chose cesse d'exister, c'est-à-dire qu'elle perd son individualité, soit matériellement, soit juridiquement : matériellement, quand par exemple c'est un esclave ou un animal qui meurt, une bibliothèque qui brûle, des denrées alimentaires que l'on consomme, du blé que l'on transforme en farine et en son (1); juridiquement, dans toutes les hypothèses où une chose s'incorpore à une autre.

2° La chose sort du commerce. C'est par exemple un prisonnier qui s'échappe, un esclave qui est affranchi, un terrain qui est régulièrement consacré aux dieux d'en haut ou affecté à une sépulture.

3° La chose devient *res nullius* par l'effet du *postliminium*. Ceci

(1) Les débris reconnaissables de la chose qui a péri continuent d'appartenir au propriétaire (L. 49 § 1, *De rei vind.*)

s'applique particulièrement aux animaux sauvages qui recouvrent leur liberté naturelle (n° 220).

4° Le propriétaire abandonne sa chose. Cet abandon consiste à se dessaisir des deux éléments qui composent la possession. La propriété n'est donc pas perdue par la seule abdication de l'*animus domini* (L. 17 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2) (1).

DES DROITS DE SERVITUDE.

NOTIONS GÉNÉRALES.

264. Sous la dénomination générale de servitudes (*servitutes* ou *jura*), les Romains réunissent deux espèces de démembrements de la propriété : les uns, appelés servitudes réelles ou prédiales (*servitutes rerum* ou *prædiorum*), consistent dans l'attribution à un fonds déterminé d'une portion des avantages compris dans la propriété d'un autre fonds ; les autres, appelés servitudes personnelles (*servitutes hominum* ou *personarum*), consistent dans l'attribution à une personne déterminée d'une portion des avantages compris dans la propriété d'un meuble ou d'un immeuble (2). Ainsi, tandis que toute servitude a pour sujet passif une chose, les unes ont pour sujet actif une chose, les autres une personne ; et c'est à cette différence essentielle que se réfèrent les dénominations de servitudes prédiales et personnelles, que l'on peut traduire *servitudes appartenant à des immeubles ou à des personnes*. Subtilité ! dira-t-on. Car, en dernière analyse, n'est-ce pas toujours une personne qui retire l'avantage de la servitude ? Oui, sans doute ; mais la servitude prédiale ne nous profite que par l'intermédiaire du fonds qu'elle enrichit, elle ne nous appartient qu'autant que ce fonds lui-même est nôtre (Instit., § 3, *De serv.*, II, 3), tandis que le titulaire de la servitude personnelle en recueille directement le béné-

(1) Je rappelle que dans la doctrine des Proculiens la *res derelicta* continuait d'appartenir à son ancien propriétaire, tant qu'elle n'avait pas été occupée par un tiers (n° 231).

(2) Bien que la distinction et les dénominations des deux classes de servitudes soient indiquées par plusieurs textes (LL. 1 et 15 pr., *De servit.*, VIII, 1), il est certain que le mot *servitus* employé seul se réfère plus particulièrement à la servitude prédiale. On s'en convaincra facilement par l'examen des divers titres *De servitutibus* (Inst., II, 3. — Dig., VIII, 1. — Cod., III, 34). Malgré la généralité de leur rubrique, ces titres, surtout ceux des Institutes et du Code, ne traitent que des servitudes prédiales.

fice, et cela quand même il n'aurait pas dans son patrimoine un seul pouce de terrain (1).

Les définitions qui précèdent contiennent plusieurs propositions importantes que je vais essayer de dégager :

1° Toute servitude amoindrit le droit naturellement absolu du propriétaire de la chose asservie. Et de là deux conséquences : 1° nul ne peut avoir une servitude sur sa propre chose; car il y aurait contradiction à admettre qu'une restriction apportée au droit de propriété profitât au propriétaire lui-même. C'est ce que les Romains expriment par les deux formules suivantes : *Nemo ipse sibi servitutem debet; Nulli res sua servit* (L. 10, *Comm. præd.*, VIII, 4. — L. 26, *De servit. præd. urb.*, VIII, 2); 2° la servitude ne se présume jamais : c'est donc à qui la réclame d'en prouver l'existence (L. 9, C., *De servit.*, III, 34).

2° La servitude ne peut pas consister en une simple diminution des droits d'un propriétaire. Car qui dit servitude dit translation, et non pas anéantissement pur et simple, d'une partie du droit de propriété. Que par exemple je m'engage à ne pas habiter une maison ou à ne plus passer sur mon fonds, il n'y a là ni servitude, ni même obligation valable, parce que cette mutilation de mon droit ne profiterait ni à une autre personne ni à un autre fonds (L. 15, *De servit.*, VIII, 1).

3° La servitude ne saurait conférer aucun avantage qui ne soit naturellement compris dans le droit de propriété. D'où il suit qu'elle consiste toujours pour le propriétaire de la chose asservie à laisser faire (*ut patiatur*) ou à ne pas faire (*ut non faciat*), mais jamais à faire (*ut faciat*) (L. 15 § 1, *De servit.*, VIII, 1). Que la servitude oblige à laisser faire, cela veut dire qu'elle comporte pour son titulaire le droit d'accomplir sur la chose asservie certains actes ou d'y établir

(1) Une chose qui n'est grevée d'aucune espèce de servitude est dite *libera* (L. 6 § 3, *Comm. præd.*, VIII, 4. — L. 10, C., *De comp.*, IV, 31). Spécialement, quand il s'agit d'un immeuble, on l'appelle *optimus maximus* (LL. 90 et 169, *De verb. signif.*, L, 16). En matière de servitudes prédiales, on dit du fonds auquel appartient la servitude : *Fundus cui servitus debetur* (L. 23 §§ 2 et 3, *De servit. præd. rust.*, VIII, 3). D'une manière plus brève et plus conforme à nos habitudes françaises, je l'appellerai *fonds dominant*. Quant au fonds sur lequel est établie la servitude, on l'appelle *fundus servus, serviens, qui servitutem debet* ou *qui servit* (L. 6 § 3, *Comm. præd.* — LL. 9 et 14 § 1, *De servit.*, VIII, 1. — L. 8, *De act. empt. et vend.* — LL. 32 pr. et 34, *De servit. præd. urb.*, VIII, 2. — L. 20 § 1, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1). Ces expressions conviennent également à la chose grevée de servitude personnelle; mais plus ordinairement, on lui donne une qualification qui indique avec précision l'objet de la servitude. Par exemple, on dit *res usufructuaria*, *res usuaria*.

certains ouvrages, comme s'il était lui-même propriétaire. Pour lui donc elle consiste alors *in faciendo* ou *in habendo*, elle est positive : telle est la servitude personnelle d'usufruit, telles aussi les servitudes prédiales de passage ou d'aqueduc. Que la servitude oblige à ne pas faire, cela signifie que le propriétaire asservi doit s'abstenir de certains actes que par sa nature le droit de propriété autorise. Pour le titulaire elle consiste ici *in prohibendo*, elle est négative. Mais jamais servitude, ai-je dit, n'impose à qui la subit la nécessité d'accomplir un fait ou d'exécuter un ouvrage; non sans doute qu'un propriétaire ne puisse s'astreindre à faire des travaux sur sa chose : concédant, par exemple, un droit de passage ou d'aqueduc, il s'oblige très-valablement à faire lui-même un chemin ou à poser des tuyaux destinés à contenir et à conduire l'eau. Mais il n'y a là qu'une pure obligation personnelle, qui ne se transmet pas avec le fonds et dont l'acquittement ne saurait être exigé par l'action réelle donnée à l'effet de faire respecter la servitude. En résumé donc, si au regard du titulaire les servitudes sont tantôt positives, tantôt négatives, au regard du propriétaire asservi elles sont toujours négatives, et c'est le résultat qu'il s'agit maintenant d'expliquer. Or cela est facile, si l'on a bien compris que dans la mesure des droits qu'elle lui confère, le titulaire de la servitude se trouve véritablement substitué au propriétaire asservi, et que dans cette même mesure celui-ci devient un tiers. Il suit de là, en effet, que si la servitude pouvait obliger à faire, elle contiendrait plus que le droit de propriété, puisque la nature de ce droit est de n'imposer à personne aucune obligation active : tout au contraire, en agissant lui-même sur la chose asservie ou en exigeant que le propriétaire demeure dans l'inaction, le titulaire de la servitude ne fait que recueillir partiellement les avantages d'un droit de propriété qui dans son ensemble ne lui appartient pas.

4° Une fois établie, la servitude constitue un rapport défini et invariable entre la chose asservie et le fonds ou la personne à qui elle appartient. Or étant donnés deux termes, le rapport qui les unit peut subsister aussi longtemps qu'eux; mais l'un des deux termes disparaissant ou changeant, le rapport périt de toute nécessité. Et de là une série de conséquences fort importantes : 1° les servitudes prédiales sont naturellement perpétuelles, puisqu'elles ont pour sujet actif et pour sujet passif des choses qui périssent difficilement, des immeubles; les servitudes personnelles, au contraire, sont viagères, leur plus longue durée se mesurant nécessairement à celle de leur sujet actif qui est

une personne; 2° ni l'aliénation de la chose asservie, ni, s'il s'agit d'une servitude prédiale, l'aliénation du fonds dominant, n'empêchent le maintien de la servitude. Car les deux termes du rapport demeurent les mêmes (L. 23 § 2, *De serv. præd. rust.*, VIII, 3. — L. 12, *Comm. præd.*, VIII, 4) (1); 3° toute servitude est par elle-même incessible; je veux dire qu'elle ne saurait faire l'objet d'une aliénation distincte, que ni le titulaire de la servitude personnelle ne peut la transporter à une autre personne, ni le titulaire de la servitude prédiale la transporter à un autre fonds. D'où il résulte qu'il n'y a pas de servitude possible sur une autre servitude, ce que les Romains expriment par cette formule : *Servitus servitutis esse non potest* (L. 1, *De us. et usuf. et red.*, XXXIII, 2) (2).

DES SERVITUDES PRÉDIALES.

SOMMAIRE : I. Analyse de la définition des servitudes prédiales. De leur perpétuité et de leur indivisibilité. — II. Classification de ces servitudes. Indication des principales. — III. Comment on les constitue. — IV. Comment elles s'éteignent.

I. — ANALYSE DE LA DÉFINITION DES SERVITUDES PRÉDIALES. — DE LEUR PERPÉTUITÉ ET DE LEUR INDIVISIBILITÉ.

265. On a déjà vu que la servitude prédiale consiste, étant donnés deux fonds qui appartiennent à deux personnes différentes, en un avantage que l'un retire de l'autre, ou, si l'on aime mieux, en une charge que l'un supporte en faveur de l'autre. Cinq conséquences résultent de cette définition :

1° Une servitude prédiale ne peut pas avoir pour objet de restreindre les droits d'un propriétaire sans profit pour un autre (L. 8 § 6, *Si serv. vind.*, VIII, 5).

2° Pareillement, un avantage qui, comme la faculté de se promener, de pêcher, de chasser, profite directement à une personne sans que son fonds y gagne rien, sans même impliquer qu'elle ait la propriété d'aucun fonds, ne constitue pas une servitude prédiale

(1) Il suit de là qu'en cas de morcellement de la chose, il y a désormais autant de servitudes que de parcelles (L. 23 § 3, *De serv. præd. rust.*).

(2) Les Romains tirèrent de cette formule une conséquence bien exorbitante et bien peu sensée : c'est qu'un fonds grevé d'usufruit ne peut plus être soumis à aucune servitude prédiale, malgré l'accord du nu propriétaire et de l'usufruitier (L. 15 § 7, *De usuf. et quemadm.*, VII, 1).

(L. 8 pr., *De servit.*, VIII, 1) (1). Et j'en dis autant de toute charge qui, comme celle de labourer le fonds voisin, grèverait directement une personne sans restreindre son droit de propriété, sans même impliquer absolument qu'elle ait un droit de propriété immobilière (2). Il est donc essentiel qu'une gêne soit imposée à un fonds pour en rendre un autre plus agréable, plus productif, ou d'une exploitation plus facile (3). C'est l'idée qu'accusent avec énergie ces mots *fonds servant*, *fonds dominant*, et tel est aussi le sens de cette formule devenue vulgaire : aucune servitude prédiale ne peut être établie soit à la charge d'une personne, soit au profit d'une personne (4).

3° De même que la servitude prédiale n'existe jamais qu'au profit d'un fonds, de même aussi son étendue est déterminée par les besoins du fonds dominant. Consiste-t-elle, par exemple, à prendre de la craie ou de la pierre sur le fonds voisin : le titulaire n'en peut extraire que la quantité exigée par les travaux à faire sur son fonds, mais il ne peut pas en vendre (L. 5 § 1, *De servit. præd. rust.*, VIII, 3).

4° Il faut que rien dans la disposition matérielle des deux fonds ne s'oppose à l'utilité effective de la servitude. Ainsi entre deux fonds que sépare une montagne on ne conçoit ni servitude de vue ni servitude de ne pas bâtir (LL. 38 et 39, *De servit. præd. urb.*, VIII, 2). En fait, cette condition suppose un certain voisinage des deux fonds (L. 5 § 1, *De servit. præd. rust.*, VIII, 3). Mais voisinage n'est pas contiguïté (L. 8 pr., *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1). Que par exemple la maison de Titius s'élève entre la mienne et la vôtre, cela n'empêchera pas la

(1) Un avantage de cette nature peut toujours faire l'objet d'une obligation purement personnelle, par conséquent non transmissible, soit activement, soit passivement, à des acquéreurs à titre particulier. Que si, quoique profitant à une personne, il grève un fonds, c'est-à-dire le rend moins libre et moins avantageux, il peut faire l'objet d'une servitude personnelle. Supposons, par exemple, que j'exploite une poterie *(figlinas)* et que mon voisin me concède le droit de prendre de la terre sur son fonds pour la fabrication de mes vases. Si ces vases sont destinés seulement à contenir les produits de mon fonds ou même à être vendus avec eux, il y a là une servitude prédiale; mais s'ils sont destinés à être vendus distinctement, mon droit sera, selon les cas, créance ou usufruit, mais ne pourra jamais constituer une servitude prédiale (L. 6 pr., *De servit. præd. rust.*, VIII, 3).

(2) De telles charges ne font jamais l'objet que d'une obligation personnelle.

(3) Peu importe du reste qu'en fait le fonds dominant puisse se passer de la servitude (L. 19, *De servit.*).

(4) C'est parce que la servitude prédiale enrichit le fonds dominant que Celsus, non sans quelque subtilité, la considère comme une qualité de ce fonds (L. 86, *De verb. sign.*, L, 16. — L. 12, *Quem. serv. amitt.*, VIII, 6). A l'inverse, elle vicie en quelque sorte la chose grevée

mienne d'acquérir valablement sur la vôtre une servitude *altius non tollendi*, servitude dont l'utilité subsistera aussi longtemps que la maison intermédiaire ne recevra pas d'exhaussement (L. 4 § 8; L. 5, *Si servit. vind.*, VIII, 5). De même mon fonds peut acquérir une servitude de passage sur un fonds même éloigné qui lui serait accessible soit par la voie publique, soit par d'autres fonds également asservis (L. 1 pr., *De serv. præd. urb.*).

5° La servitude prédiale une fois établie, rien ne s'oppose à ce qu'elle ait une durée égale à celle des immeubles qui lui servent de sujet actif et de sujet passif. Elle sera donc naturellement perpétuelle. Cette perpétuité fut d'autant plus volontiers admise que d'ordinaire la gêne occasionnée au fonds servant est sans comparaison beaucoup moindre que l'avantage procuré au fonds dominant. Que par exemple je vous concède un droit de puisage sur mon fonds, sans nul doute, c'est que je dispose d'une quantité d'eau supérieure à mes besoins, de sorte que, sans m'appauvrir, je fertilise et j'enrichis votre fonds. Pareillement, que je vous laisse passer sur mon fonds, cela n'en gêne guère l'exploitation et n'en diminue pas sensiblement les produits; mais je vous épargne du temps, et peut-être je vous évite l'entretien d'un homme ou d'une bête de somme, de sorte que vous produirez plus et à meilleur marché. Les Romains eurent donc raison de consacrer la perpétuité des servitudes prédiales, parce qu'elles ajoutent à la somme de la richesse générale (1). Mais ils dépassèrent le but et tombèrent dans l'arbitraire en considérant cette perpétuité comme essentielle, et en tenant pour nulle toute apposition expresse ou tacite d'un terme certain ou incertain. On verra, au surplus, que le droit prétorien vint ici, comme ailleurs, corriger les exagérations du droit civil (n°s 270 et 271).

266. Reste à développer deux principes qui ne découlent pas nécessairement de la définition des servitudes prédiales. Elles supposent une *causa perpetua*, et elles sont indivisibles.

A. Et d'abord elles supposent une *causa perpetua*, règle quelque peu arbitraire et qui fut sans doute une conséquence exagérée de leur caractère de perpétuité. Par *causa perpetua* il faut entendre un état

(1) La même observation explique pourquoi la loi n'a pas limité le nombre des servitudes prédiales, laissant aux particuliers la faculté d'établir toutes celles que les besoins de la propriété réclament, et pourquoi les meubles ne comportent ni activement ni passivement des servitudes semblables : ils n'auraient rien à y gagner.

de choses assez fixe et assez permanent pour que l'usage de la servitude soit assuré non-seulement dans le présent, mais encore dans l'avenir (1). Donc nulle servitude *aquæ ducendæ* possible sur un étang ou une citerne, non plus que sur un puits ou un lac qui ne seraient pas alimentés par des eaux vives (L. 28, *De servit. præd. urb.* — L. 1 § 4, *De aqua quot.*, XLIII, 20 — L. 1 § 4, *De fonte*, XLIII, 22). De même, deux fonds étant séparés par une rivière non guéable, nul droit de passage possible au profit de l'un sur l'autre, si, faute de pont, la rivière ne peut être traversée qu'en bateau (L. 38, *De servit. præd. rust.*). Par une conséquence encore plus rigoureuse de la même règle, les anciens avaient admis que les servitudes *aquæ ducendæ* et *aquæ hauriendæ* ne pourraient pas être établies à un endroit quelconque d'un cours d'eau, mais seulement à sa source, et cela sans doute parce que la source est inépuisable, tandis que le cours d'eau peut disparaître sous terre ou se déplacer. Mais Paul, qui rapporte cette décision (L. 9, *De servit. præd. rust.*), constate qu'elle n'était plus suivie de son temps. Si l'on remarque de plus que les textes de l'époque classique nous présentent des servitudes *arenæ fodiendæ*, *calcis coquendæ*, *lapidis eximendi*, *cretæ eximendæ* (L. 5 § 1; L. 6 § 1, *De servit. præd. rust.*), et que pourtant beaucoup de carrières de sable, de chaux, de pierre et de craie sont de nature à s'épuiser à la longue, même par l'usage le plus modéré, on aboutira à cette conclusion que, sans rejeter la nécessité d'une

(1) Il est hors de doute que la *causa perpetua* n'implique pas la possibilité d'un exercice non interrompu de la servitude. Ainsi le droit de se servir des eaux pluviales peut faire l'objet d'une servitude : car, si la pluie cesse un jour, elle revient plus tard, les phénomènes qui la produisent ne s'épuisant jamais (L. 28, *De servit. præd. urb.*). On croirait, à lire ce texte, que Paul exige non-seulement une *causa perpetua*, mais aussi une *causa naturalis*. Or que serait cette *causa naturalis?* A coup sûr, le jurisconsulte n'entend pas que la servitude suppose un état de choses absolument naturel et non modifié par le travail de l'homme. Car une servitude peut exister au profit ou à la charge d'une maison, et la nature pourtant ne nous donne pas les maisons toutes faites. Si l'on examine avec attention l'hypothèse prévue par Paul, on verra que sa pensée est beaucoup plus simple que son langage : il suppose que par un trou pratiqué au pied de mon mur des eaux s'écoulent chez vous. Le droit de les recueillir et d'en user peut-il faire l'objet d'une servitude au profit de votre fonds? Non, dit-il, à moins qu'il ne s'agisse d'eaux pluviales, sans quoi la servitude exigerait le fait du propriétaire asservi. Au fond donc, Paul ne fait qu'appliquer la règle : *Omnis servitus aut in patiendo aut in non faciendo consistit, non etiam in faciendo.* Il est vrai que certains interprètes entendent autrement le texte : il s'agirait, selon eux, de savoir si c'est le propriétaire du mur qui peut acquérir le droit de faire écouler ses eaux chez le voisin. Mais j'avoue que, telle étant la question, je ne comprendrais plus la décision du jurisconsulte.

causa perpetua, les jurisconsultes finirent par l'entendre dans un sens raisonnable et pratique (1). Leur doctrine définitive peut se formuler ainsi : il suffit que l'exercice de la servitude puisse se prolonger pendant une durée indéfinie et dont on ne prévoit pas même approximativement le terme.

267. J'ai dit, en second lieu, que les servitudes prédiales sont indivisibles, ce qui signifie qu'elles n'existent jamais ni au profit ni à la charge d'une simple part indivise, mais que toujours, soit activement, soit passivement, elles affectent ou le fonds entier ou une région déterminée du fonds, et que par conséquent elles ne peuvent pas se décomposer en parts indivises. Soit, par exemple, un droit d'aqueduc ou de passage : n'est-il pas de toute évidence que forcément l'eau coule et le passage s'exerce en un endroit déterminé du fonds servant, et que de même c'est le fonds dominant tout entier ou une certaine région de ce fonds qui profite de l'eau ou du passage? L'imagination la plus hardie se refuse à concevoir l'eau coulant ou l'homme passant soit sur une part indivise, soit au profit d'une part indivise. Ces exemples, qu'il serait aisé de multiplier, montrent que le principe de l'indivisibilité des servitudes n'a rien d'arbitraire. De ce principe les jurisconsultes déduisent une foule de conséquences que l'on peut ramener à trois formules générales :

1° Une servitude ne naît, ne se constitue valablement qu'autant que les parties ont l'intention et le droit de l'établir en faveur et à la charge d'un fonds entier ou d'une part divise (2). De là, notamment, les décisions suivantes : 1° Quand un propriétaire aliène une quote-

(1) Dans l'opinion des naturalistes anciens, et cette opinion contient une part de vérité, il y avait certaines carrières de pierre et de marbre qui s'augmentaient ou se reformaient incessamment sous l'action des mêmes causes naturelles (Pline l'Ancien, XXXVI, 24. — L. 18 pr., *De fund. dot.*, XXIII, 5. — L. 7 § 13, *Sol. matr.*, XXIV, 3). Pour ces cas la doctrine des jurisconsultes n'était que l'application rigoureuse des principes de la *causa perpetua*.

(2) Naturellement la servitude est présumée affecter le fonds entier. Mais est-il étrange qu'on la puisse restreindre activement ou passivement à une part déterminée? Non; si en effet l'on réfléchit que le partage et l'aliénation partielle du fonds dominant ou du fonds servant ont pour conséquence régulière de faire réputer chaque portion investie ou grevée d'une servitude propre et indépendante, on ne voit pas pourquoi l'état de choses qui peut être établi après coup ne pourrait pas l'être directement dès le début (L. 6, *De servit.* — L. 6 § 1, *Quem. servit. amitt.*, VII, 6). Du reste, alors même que la servitude grève le fonds tout entier, rien ne s'oppose à ce que l'on détermine, par une convention expresse ou tacite, soit l'endroit où elle s'exercera, soit certains endroits où elle ne s'exercera pas (L. 9, *De serv.*).

part de son fonds, il ne peut pas grever la part qu'il aliène au profit de celle qu'il conserve, ou réciproquement (L. 5 ; L. 6 § 1, *Comm. præd.*, VIII, 4). 2° Étant donné un fonds commun, le concours de tous les copropriétaires est indispensable soit pour lui acquérir, soit pour lui imposer une servitude et par conséquent aussi pour la stipuler ou la promettre (L. 2, *De servit.*, VIII, 1. — L. 19, *De serv. præd. rust.*, VIII, 3. — L, 10 *De evict.*, XXI., 2,) (1). 3° Si un propriétaire, après avoir simplement stipulé ou promis une servitude, aliène une part indivise du fonds qu'il se proposait de rendre dominant ou servant, la constitution de la servitude devient désormais impossible (L. 11, *De servit.*) (2). 4° Soit un fonds légué à deux personnes ensemble, mais à l'une d'elles le testament lègue en outre une servitude au profit de ce fonds ; ce second legs ne sera efficace qu'autant que le légataire de la servitude recueillera seul le legs du fonds (L. 3, *De serv. leg.*).

2° Une fois établie, la servitude ne se prête pas à une extinction partielle qui la laisserait subsister seulement au profit ou à la charge d'une part indivise (3). D'où il suit qu'elle demeure intacte : 1° lorsque, l'un des deux fonds étant commun, la volonté ou la capacité d'éteindre la servitude manque à l'un des copropriétaires du fonds dominant, ou que l'extinction n'est pas consentie à tous les copropriétaires du fonds servant (L. 16, *Quem. serv. amitt.*) ; 2° lorsque le propriétaire exclusif de l'un des deux fonds acquiert d'une manière quelconque une portion indivise de l'autre fonds (L. 8 § 1, *De serv.*) ; 3° lorsque les propriétaires respectifs des fonds dominant et servant les mettent en commun sans avoir préalablement procédé à l'extinction de la servitude (L. 30 § 1, *De serv. præd. urb.*, VIII, 2. — L. 34, *De serv. præd. rust.*, VIII, 3) (4). Ce sont ces résultats qu'on exprime en cette formule : *servitus pro parte* ou *per partes retinetur.*

(1) Ici on combine avec le principe de l'indivisibilité des servitudes la règle d'après laquelle nul ne peut ni aliéner le droit d'autrui ni acquérir pour un tiers.

(2) Si c'est le stipulant qui aliène, sa créance s'éteint par son propre fait. Si c'est le promettant, son obligation se résout en dommages-intérêts.

(3) L'extinction de la servitude peut n'être consentie que relativement à une part divise, de telle sorte que les choses se passent désormais comme si, dès le principe, elle n'eût affecté que le surplus du fonds (L. 6, *De servit.*). Cette extinction partielle se présume même lorsque l'exercice de la servitude a été localisé en un certain endroit du fonds servant, et que plus tard, ce fonds venant à être divisé, l'une des parts comprend seule toute la région qui supportait en fait la servitude (L. 6 § 1, *Quem. serv. amitt.*, VIII, 6).

(4) Dans cette hypothèse la servitude est provisoirement frappée de paralysie. Mais une nouvelle séparation des deux fonds lui rend toute sa force, à moins qu'en

3° Quiconque a droit à une servitude prédiale a nécessairement droit à la servitude entière, et quiconque la doit la doit aussi tout entière. D'où il faut déduire, comme conséquence principale (1), que les demandes judiciaires relatives à une servitude ne peuvent jamais être, intentées pour partie seulement. Cette conséquence, dont le véritable intérêt pratique se présente lorsque l'un des deux fonds est commun, s'applique sans distinction entre les actions réelles et les actions personnelles (2). De deux choses l'une, en effet : ou la servitude est simplement due, ou elle est déjà constituée. Si elle n'est que due, il y a lieu à une action personnelle pour en exiger l'établissement, et cette action compète pour le tout à l'un quelconque ou contre l'un quelconque des propriétaires du fonds destiné à devenir dominant ou servant. Décider autrement, ce serait vouloir que la demande eût pour objet une chose impossible, savoir, la constitution d'une servitude affectant une simple part indivise (L. 17, *De serv.*). Que si le droit est déjà constitué, mais que l'existence en soit déniée ou l'exercice entravé, l'action *confessoria*, ou action en revendication de la servitude, compète également pour le tout à l'un quelconque des propriétaires du fonds dominant ou contre l'un quelconque des copropriétaires du fonds servant. La limiter à la part de chacun, ce serait oublier que la servitude prédiale, ne comportant pas de parts, est nécessairement respectée ou méconnue pour le tout (L. 4 §§ 3 et 4, *De serv. vind.*, VIII, 5) (3).

fait le propriétaire du fonds dominant ne soit jugé avoir renoncé à son droit (n° 272). Du reste les textes que je cite ne sont pas contredits par un autre (L. 27 *De serv. præd. rust.*) où nous lisons que la servitude s'éteint lorsque les copropriétaires du fonds dominant acquièrent ensemble tout le fonds servant. Ici, en effet, parmi les propriétaires des deux fonds ne figure pas le propriétaire antérieur du fonds servant.

(1) Une autre conséquence sera signalée plus tard : c'est que le legs de servitude excédant la quotité que la loi Falcidia laisse libre aux mains du testateur, ne peut pas, comme le legs d'une chose corporelle, subir la réduction en nature (n° 401).

(2) Cela revient à dire que la créance qui a pour objet l'établissement d'une servitude prédiale est indivisible comme la servitude elle-même. Aussi cette créance ne peut-elle faire l'objet ni d'une exécution ni d'une acceptilation partielle (L. 13 § 1, *De accept.*, XLVI, 4).

(3) La condamnation prononcée dans ces deux hypothèses a-t-elle pour objet la valeur intégrale de la servitude? Oui, lorsqu'il y a pluralité de personnes intéressées passivement, car chacune devait procurer ou garantir la jouissance du droit entier; non, lorsqu'il y a seulement pluralité d'ayant droit : ici le triomphe de l'un profite aux autres, en ce sens qu'ils n'ont plus besoin de prouver leur droit; mais la condamnation n'est prononcée que pour la part du demandeur, attendu qu'elle a pour objet de l'argent, chose essentiellement divisible.

A. L'indivisibilité de la servitude prédiale n'empêche en aucune façon que les avantages dont elle se compose ne soient susceptibles de plus et de moins. Et de là notamment deux conséquences : 1° celui qui établit la servitude peut en régler le mode, c'est-à-dire les conditions de son exercice, et par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, imposer au propriétaire du fonds dominant de ne passer qu'à certains jours ou à certaines heures, déterminer le genre de véhicule dont il usera, etc. (L. 4 § 1; L. 5 § 1, *De serv.*). L'influence de ces conditions sur l'utilité et la valeur de la servitude est évidente ; 2° la même servitude, par exemple le droit de puiser de l'eau à une source, peut être établie sur le même fonds au profit de plusieurs fonds appartenant à des propriétaires différents. Toutefois, si les concessions sont successives et non simultanées, la seconde ne saurait nuire à la première ; et, dans tous les cas, un conflit venant à surgir entre les divers concessionnaires, il est réglé par une action *communi dividundo* utile (L. 19 § 4, *Comm. div.*, X, 3. — L. 4, *De aqu. quot.*, XLIII, 20. — L. 15, *Comm. præd.*).

II. — CLASSIFICATION DES SERVITUDES PRÉDIALES. — INDICATION DES PRINCIPALES.

Lib. II, tit. III, *De servitutibus* pr. — Rusticorum prædiorum jura sunt hæc : iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum : itaque qui habet iter, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi : nam et iter et actum in se continet via. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum (Ulp., L. 1 pr., *De serv. præd. rust.*, VIII, 3).

Les servitudes des fonds ruraux sont le passage, la conduite, la voie, l'aqueduc. Le passage est le droit d'aller, de se promener, mais sans conduire ni bête de somme ni véhicule. La conduite est le droit de mener une bête de somme ou un véhicule. C'est pourquoi celui qui a le passage n'a pas la conduite; mais la conduite implique le passage, et par conséquent l'on peut en user même sans mener une bête de somme. La voie est le droit d'aller, de conduire et de se promener; car elle renferme le passage et la conduite. L'aqueduc est le droit de faire passer de l'eau sur le fonds d'autrui.

§ 1. — Prædiorum urbanorum servitutes sunt quæ ædificiis inhæ-

Les servitudes des fonds urbains sont celles qui sont attachées à des

rent : ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ : ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere, ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas vel in aream vel in cloacam, vel non recipiat, et ne altius tollat quis ædes suas ne luminibus vicini officiatur.

bâtiments. Leur nom vient de ce que nous appelons fonds urbains tous les bâtiments même situés à la campagne. Sont aussi servitudes des fonds urbains celle qui oblige le voisin à soutenir le bâtiment d'un autre, celles qui permettent d'appuyer une poutre contre le mur du voisin, de recevoir ou de ne pas recevoir sur sa maison, sur son terrain ou dans son égout, l'eau qui coule ou qui dégoutte d'un toit, et celle qui interdit l'exhaussement d'une construction afin de ne pas nuire aux jours du voisin.

§ 2. — In rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ (Ulp., L. 1 § 1, *De serv. præd. rust.*, VIII, 3).

Parmi les servitudes des fonds ruraux, quelques-uns comptent, et avec raison, le droit de puisage, le droit d'abreuver un troupeau, le droit de pacage, le droit de cuire de la chaux ou d'extraire du sable.

§ 3. — Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt : nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium, nec quisquam debere, nisi qui habet prædium (Ulp., L. 1 § 1, *Com. præd.*, VIII, 4).

Ces servitudes sont appelées prédiales, parce que leur existence suppose des fonds : personne, en effet, ne peut, sans être propriétaire d'un fonds, avoir une servitude urbaine ou rurale, ni en devoir une.

268. Parmi les servitudes prédiales, les unes sont appelées rurales (*jura prædiorum rusticorum*), les autres urbaines (*jura prædiorum urbanorum*).

Comme servitudes rurales, les Institutes (pr. et § 3 *sup.* — § 2, *De act.*, IV, 6) citent :

1° Le *jus eundi* ou *iter*, droit de passer, soit à pied, soit à cheval, mais sans conduire ni troupeaux, ni véhicules (L. 12, *De serv. præd. rust.*) (1) ;

2° Le *jus agendi* ou *actus*, droit de passer avec des troupeaux ou

(1) Cette servitude implique le droit de faire les travaux nécessaires à son exercice (L. 10, *De serv.*), et cette remarque doit être étendue à toutes les autres.

des véhicules, ce qui implique également, sauf convention contraire, le droit de passer seul (L. 1 pr., *De serv. præd. rust.* — L. 4 § 1, *Si serv. vind.*, VIII, 5);

3° La *via*, qui, outre les avantages régulièrement attachés à l'*iter* et à l'*actus*, confère le droit de transporter des pierres ou autres matériaux de construction (*tigna*) (L. 7 pr., *De serv. præd. rust.*) (1). Afin d'assurer pleinement l'exercice de ce droit, et aussi pour prévenir toute lésion des arbres et récoltes qui garnissent le fonds servant, la loi, dans le silence des parties, assigne à la voie une largeur de huit pieds en ligne droite et de seize pieds dans les contours, tandis que dans les deux précédentes servitudes, c'est un arbitre qui, à défaut de convention expresse, détermine la largeur du passage (LL. 8 et 13 § 2, *De serv. præd. rust.*);

4° L'*aquæductus* ou droit de conduire de l'eau. Cette servitude implique faculté de poser des tuyaux sur le fonds servant; mais elle n'autorise pas par elle-même, en l'absence d'une convention formelle, l'établissement de conduits en pierre (L. 17 § 1, *De aqu. et aqu. pluv.*, XXXIX, 3) (2);

5° L'*aquæ haustus* ou droit de puiser de l'eau. Cette servitude ne suppose pas de conduits pour faire couler l'eau; d'où il suit qu'elle peut grever un fonds séparé du fonds dominant par une voie publique ou par un fleuve public (L. 14 § 2, *De serv.* — L. 17 § 2, *De aqu. et aqu. pluv.*);

6° L'*appulsus pecoris ad aquam* ou droit d'abreuver un troupeau;

7° Le *jus pascendi* ou droit de pacage;

8° Le *jus calcis coquendæ* ou droit de prendre et de cuire de la chaux;

9° Le *jus arenæ fodiendæ* ou droit d'extraire du sable (3).

(1) A certains égards, pourtant, la *via* est considérée comme le simple équivalent de l'*iter* et de l'*actus* réunis. Ainsi le créancier qui a stipulé *viam* libère son débiteur par une acceptilation portant à la fois sur l'*iter* et l'*actus* (L. 13 § 1, *De accept.*, XLVI, 4).

(2) Les jurisconsultes paraissent avoir l'habitude d'énumérer ces quatre premières servitudes ensemble, en tête et à part de toutes les autres servitudes rurales, d'où l'on peut conclure que ce sont les plus anciennes de cette catégorie, comme aussi ce sont celles dont la nécessité dut se révéler le plus vite (pr. *sup.* — L. 1 pr., *De serv. præd. rust.*).

(3) Parmi les servitudes rurales que les Institutes ne mentionnent pas, je citerai le droit d'extraire de la craie ou de la pierre, *jus cretæ eximendæ* ou *lapidis eximendi* (L. 5 § 1; L. 6 § 1, *De serv. præd. rust.*).

Comme servitudes urbaines, les Institutes (§ 2 *sup.* — § 2 *De act.*, IV, 6) citent :

1° Le *jus oneris ferendi*, droit d'appuyer des constructions ou autres gros ouvrages sur la maison ou le mur du voisin. Cette servitude présente une particularité remarquable : c'est d'obliger le propriétaire asservi à entretenir, au besoin même à reconstruire son mur, à moins qu'il n'aime mieux abandonner son droit de propriété; car c'est moins à la personne qu'à la chose que cette obligation incombe (L. 33, *De serv. præd. urb.*, VIII, 2. — L. 6 § 2, *Si serv. vind.*, VIII, 5) (1);

2° Le *jus tigni immittendi* ou droit d'appuyer sur le mur du voisin des matériaux de construction ou des ouvrages légers (L. 8 §§ 1 et 2, *Si serv. vind.*);

3° Le *jus stillicidii vel fluminis recipiendi aut avertendi*, c'est-à-dire le droit de faire tomber sur le fonds voisin l'eau qui dégoutte d'un toit (*stillicidium*) ou qui en descend par un conduit (*flumen*) (Varron, *De ling. lat.*, IV, 5);

4° Le *jus stillicidii vel fluminis non recipiendi* ou droit de ne pas recevoir cette eau. Au premier aspect, cette servitude paraît inintelligible : car si mon voisin est obligé de faire écouler ses eaux dans son terrain au lieu de les envoyer sur le mien, en cela il subit une gêne inséparable de son droit de propriété, et je ne fais que conserver la plénitude du mien. Pour sortir de la difficulté, il faut peut-être supposer avec Théophile (sur le § 1 *sup.*) qu'un *jus stillicidii vel fluminis recipiendi* a d'abord été constitué, puis restreint, de telle façon que le fonds servant ne reçoive plus désormais qu'une portion des eaux qu'il recevait précédemment ou ne les reçoive que sur un point donné. Au lieu de voir là une extinction partielle et une diminution directe de la servitude, les Romains, fort subtilement, disent que cette servitude subsiste entière dans la rigueur du droit, mais qu'elle est paralysée en

(1) Cette dérogation unique au principe d'après lequel les servitudes n'obligent pas le propriétaire asservi *ad faciendum*, paraît n'avoir été admise qu'à raison des termes de la formule ordinairement employée dans les actes constitutifs du *jus oneris ferendi*. Elle fut combattue par Aquilius Gallus et soutenue par Servius Sulpicius qui la fit prévaloir. Mais il est sensible qu'elle n'était commandée par aucune nécessité logique. Vainement alléguerait-on qu'une telle servitude perdrait son utilité par la dégradation ou la chute du mur voisin. La même observation s'appliquerait, en effet, à toutes celles qui supposent l'existence de travaux faits sur le fonds servant; et tout ce que la logique permet d'en conclure, c'est que le propriétaire du fonds dominant doit avoir sans difficulté le droit de réparer ou de refaire lui-même ces travaux. Aussi n'est-il pas étonnant que l'exception que je signale n'ait pas été acceptée sans controverse.

partie par une servitude inverse. Cela revient à dire qu'en droit pur la servitude une fois créée ne saurait être modifiée quant aux conditions de son exercice : ou elle reste ce qu'elle est, ou elle périt absolument, et cela sans doute par une conséquence exagérée de son indivisibilité (1).

5° Le *jus altius non tollendi*, ou droit d'empêcher que le propriétaire voisin ne fasse ou n'exhausse des constructions sur mon fonds.

6° Le *jus altius tollendi*, ou droit d'élever plus haut (L. 1 pr.; L. 21, *De serv. præd. urb.*). Même difficulté ici et même solution que sur la servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi*. Sans doute, si je puis construire à mon gré, c'est que mon fonds jouit simplement de sa liberté naturelle. Mais on peut supposer qu'une servitude *altius non tollendi*, primitivement absolue, a été ensuite adoucie, par exemple, que j'ai permis à mon voisin de construire jusqu'à une hauteur *maximum* de quinze pieds. C'est cette extinction partielle de la servitude antérieure que l'on considère comme une servitude nouvelle dans laquelle le fonds dominant devient fonds servant, et réciproquement (2).

7° Le *jus prospiciendi* ou droit de garder ma vue telle qu'elle est. Non-seulement le fonds soumis à cette servitude ne doit recevoir aucune construction ou plantation nouvelle; mais le propriétaire ne peut ni rétrécir le coup d'œil qui appartient au fonds dominant ni en altérer la grâce, par exemple par un entrepôt de matières encombrantes ou par la suppression d'un parterre de fleurs (L. 15, *De serv. præd. urb.*).

8° Le *jus projiciendi* ou droit d'avoir un balcon ou une saillie sur le fonds voisin.

9° Le *jus protegendi* ou droit de faire avancer un toit sur le fonds voisin (3).

(1) Une autre explication tout à fait imaginaire suppose qu'il y avait des règlements locaux obligeant le voisin à recevoir les eaux de son voisin, de sorte qu'en obtenant l'affranchissement de cette obligation, on aurait acquis une servitude. Par malheur, aucun texte ne nous révèle l'existence de règlements si bizarres et si peu utiles.

(2) Certains interprètes expliquent cette servitude comme constituant une dérogation aux règlements qui limitaient la hauteur des maisons. De tels règlements existaient sans doute, puisque plusieurs textes juridiques y font allusion (L. 1 § 17, *De oper. nov. nunt.*, XXXIX, 1. — L. 1, C., *De ædif. priv.*, VIII, 10), et que Tacite en mentionne un exemple (*Ann.*, XV, 45). Mais ils étaient fondés sur des considérations d'ordre public, et dès lors comment croire qu'il dépendît des particuliers de s'y soustraire par une convention? Toutefois il n'est pas certain que dans le dernier état du droit de telles conventions ne fussent pas licites (L. 12 §§ 1 et 4, C., *De ædif. priv.*).

(3) J'ajoute à cette énumération le *jus luminum* et le *jus ne luminibus vicini officiatur*. On entend par *jus luminum* le droit d'avoir des jours ou fenêtres dans

269. Maintenant, si l'on recherche à quel signe les Romains reconnaissent une servitude rurale et une servitude urbaine, il faut dire avec presque tous nos anciens interprètes que c'est la nature du fonds dominant qui détermine le caractère de la servitude : or, en cette matière, on appelle fonds ruraux (1) toutes les propriétés non bâties, quelle qu'en soit la situation, et fonds urbains les maisons et autres constructions (2). La servitude rurale est donc celle qui appartient à un terrain non bâti, la servitude urbaine, celle qui appartient à une construction, et cela sans jamais distinguer quelle est la nature du fonds servant. Historiquement, cette théorie s'établit de la manière la plus nette par le langage même des Romains. Qu'on veuille bien remarquer, en effet, qu'ils n'emploient guère les expressions *servitutes rusticæ*, *servitutes urbanæ*, mais bien plutôt celles-ci : *servitutes prædiorum rusticorum*, *servitutes prædiorum urbanorum*. Cela étant, l'analogie aussi bien que le sens naturel des mots nous conduit à croire que, de même qu'ils appellent généralement *servitutes prædiorum* ou *rerum* les servitudes appartenant à un immeuble, *servitutes hominum* ou *personarum* celles appartenant à une personne, de même aussi ils entendent spécialement par *servitutes prædiorum rusticorum* les servitudes qui ont pour sujet actif un immeuble rural, et par *servitutes prædiorum urbanorum*, celles qui ont pour sujet actif une construction. Cette donnée est confirmée par les Institutes (§ 1 *sup.*), lorsqu'elles disent que les servitudes urbaines sont celles qui s'ajoutent à la propriété d'un édifice et qui font corps avec lui (*quæ ædificiis inhærent*).

Rationnellement, cette classification est difficile à justifier; car elle aboutit à cette conséquence que la même servitude sera tantôt rurale, tantôt urbaine. Or, si l'on comprend à merveille que la nature du fonds

le mur du voisin, dans un mur commun, ou même dans son propre mur, s'il n'est pas séparé du fonds voisin par un intervalle que Zénon fixa à dix pieds (LL. 4 et 40, *De serv. præd. urb.* — L. 12 § 3, C., *De ædif. priv.*). Quant à la servitude *ne luminibus vicini officiatur*, elle empêche le propriétaire asservi de diminuer notre jour par des constructions ou même par des plantations. Cette servitude est donc plus large que le *jus altius non tollendi;* mais elle l'est moins que le *jus prospiciendi*, et à la différence de cette dernière on ne comprendrait pas qu'elle grevât un fonds inférieur au profit d'un fonds supérieur (LL. 16 et 17 pr., *De serv. præd. urb.*).

(1) On a vu cette expression prise ailleurs dans un tout autre sens (n° 149).

(2) Le même fonds peut comprendre à la fois des terrains bâtis et des terrains non bâtis. En ce cas, il faut voir quels sont ceux qui en forment la partie principale et dont les autres ne sont que des dépendances. Ce sont eux qui déterminent la nature du fonds (L. 198, *De verb. signif.*, L, 16).

dominant influe sur la quantité du service dû, on comprend moins que le caractère interne de la servitude change selon qu'elle est établie au profit d'un terrain non bâti ou d'une maison. Si peu logique pourtant que soit ce résultat, les Romains l'ont accepté. Ulpien, en effet, nous apprend (L. 1 § 1, *De itin. actuque priv.*, XLIII, 19) que l'interdit *De itinere actuque privato* ne s'applique qu'à des servitudes rurales, d'où il faut conclure que, cet interdit ne protégeant jamais que les trois servitudes de passage (*iter*, *actus*, *via*), ces servitudes ne sont pas forcément rurales, ou bien Ulpien parlerait pour ne rien dire. Dans le même ordre d'idées, on trouve des textes où le *jus aquæductus* nous apparaît comme servitude urbaine (L. 11 § 1, *De publ. act.*, VI, 2) (1), et le *jus altius tollendi* comme servitude rurale (L. 2 pr., *De serv. præd. rust.*). Énigmes insolubles pour qui rejette notre point de départ, ces textes n'offrent pas de difficulté sérieuse quand on tient pour certain qu'aucune servitude n'est par essence et invariablement rurale ni urbaine. Au surplus, quelque vicieuse que soit la classification romaine, il ne faut pas en exagérer les inconvénients, ni prétendre avec certains auteurs qu'elle permet au propriétaire du fonds dominant de changer à son gré une servitude rurale en une servitude urbaine, et réciproquement, selon qu'il lui plaît de construire ou de démolir. Une telle critique tombe devant cette règle certaine que la condition respective des deux fonds ne saurait être modifiée par le fait d'un seul des deux propriétaires (2).

(1) Il est certain que l'*aquæductus* peut être établi soit pour l'irrigation d'une terre, soit pour le service d'une maison (L. 1 § 11, *De aqua quot.*, XLIII, 20).

(2) Le vice réel de la classification romaine et ceux qu'on a pu lui prêter gratuitement ont déterminé nombre d'interprètes modernes à rechercher un autre signe distinctif des servitudes rurales et des servitudes urbaines. De ces recherches sont sortis les deux systèmes que voici : 1° une phrase un peu obscure de Paul est ainsi conçue : *Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt* (L. 3, *De servit.*). L'imagination aidant, ce texte a paru signifier qu'il faut examiner pour chaque servitude s'il est possible de la concevoir sans avoir dans l'esprit l'idée de construction : si oui, elle serait rurale ; sinon, urbaine. Ce système torture le texte de Paul dont la pensée, beaucoup plus simple, est que certaines servitudes ne s'exercent qu'à l'aide de travaux faits sur le fonds servant (*superficies*), tandis que d'autres n'impliquent rien de pareil. De plus, il est beaucoup trop abstrait, trop fin, surtout dans une matière où il est évident que la pratique devança de beaucoup la théorie, les besoins de l'agriculture ayant nécessité des servitudes bien longtemps avant que l'analyse songeât à les ramener à des règles générales ; 2° les servitudes rurales se caractériseraient par la discontinuité, les servitudes urbaines par la continuité ; les unes donc seraient celles qui consistent *in faciendo* et ne s'exercent qu'en mettant en jeu l'activité de l'homme, les autres celles qui consistent *in habendo* ou *in prohibendo* et s'exercent sans le fait de l'homme. Ce système, beau-

Pratiquement la distinction des servitudes rurales et des servitudes urbaines est importante à trois points de vue : 1° on sait déjà (n° 196) que les servitudes rurales comptent parmi les *res mancipi*, et les servitudes urbaines parmi les *res nec mancipi;* 2° on verra bientôt (n° 272) que les servitudes rurales s'éteignent par le simple non-usage, tandis que l'extinction des servitudes urbaines suppose une *usucapio libertatis:* 3° enfin, en expliquant la théorie des hypothèques, je montrerai (n° 286) qu'elles peuvent porter sur une servitude rurale, non sur une servitude urbaine.

III. — COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES PRÉDIALES.

Lib. II, tit. III, *De servitutibus*, § 4. — Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare ne altius tollat ædes suas ne luminibus ædium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere vel stillicidium habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere (Gaius, L. 16, *Comm. præd.*, VIII, 4).

Si quelqu'un veut constituer une servitude à un voisin, il doit le faire par des pactes et des stipulations. On peut aussi par testament condamner son héritier à ne pas exhausser sa maison pour ne pas nuire aux jours du voisin, à laisser appuyer des matériaux de construction contre son mur, à recevoir sur son fonds l'eau qui dégoutte d'un toit, ou à souffrir que le voisin y exerce un droit de passage, de conduite ou d'aqueduc.

270. Il faut distinguer ici l'ancien droit civil, le droit prétorien qui le modifia, et la législation définitive de Justinien qui les fondit ensemble et les simplifia.

coup moins abstrait et plus pratique que le précédent, contient une part considérable de vérité : car il n'est pas douteux que les servitudes qui fonctionnent ordinairement comme rurales sont presque toutes discontinues, et celles qui fonctionnent ordinairement comme urbaines presque toutes continues. Néanmoins il doit aussi être repoussé comme contraire au langage romain et n'expliquant pas tous les textes. — Un exemple va rendre bien saisissable la différence pratique des diverses classifications proposées en cette matière. Supposez qu'afin de ne pas diminuer les eaux dont jouit votre terrain, je m'engage à ne pas rechercher les sources qui se trouvent dans le mien (L. 15 pr., *De serv.*). Voilà une servitude qui, dans ma doctrine, sera ou rurale ou urbaine selon la nature de votre fonds. Dans le premier des deux systèmes que je viens de réfuter, elle est toujours rurale, car elle n'éveille pas l'idée de construction; dans le second, elle est toujours urbaine, comme n'exigeant pas le fait de l'homme.

Ancien droit civil. — Il est d'abord évident que les servitudes, étant des démembrements de la propriété, ne s'établissent jamais par d'autres modes que ceux qui servent à transférer la propriété elle-même. D'autre part, il est certain qu'elles ne comportent pas indistinctement l'application de tous ces modes. Et d'abord, écartons absolument l'occupation (1), la tradition et l'usucapion (2), comme propres aux choses corporelles. Quant à la mancipation, il faut la restreindre aux servitudes rurales, seules classées parmi les *res mancipi*. Restent donc, comme applicables à toutes servitudes prédiales, l'*in jure cessio* (3), l'adjudication et le legs *per vindicationem*.

Sur ces deux derniers modes quelques observations sont nécessaires : 1° le droit civil ne reconnaît la servitude créée par adjudication qu'autant que le *judicium* est *legitimum;* sinon, elle n'existe, elle n'est garantie qu'en vertu du droit prétorien. Mais dans tous les cas il faut la supposer établie entre deux fonds, l'un et l'autre soumis au pouvoir du juge, c'est-à-dire compris dans l'action en partage ou en bornage ; sans quoi l'adjudication resterait absolument inefficace (L. 7 § 1 ; L. 18, *Comm. div.*, X, 3) ; 2° à l'égard du legs *per vindicationem*, il se prête ici à deux combinaisons distinctes : ou le testateur, ayant un fonds qu'il laisse *in hereditate* ou qu'il lègue à un tiers, le grève au profit d'un autre fonds qui ne lui appartient pas et qui n'appartient pas non plus à l'héritier ou au légataire ; ou bien, propriétaire de deux fonds, il les lègue à deux personnes différentes, en imposant à l'un une charge en faveur de l'autre (4).

(1) Quant à l'occupation, un second motif l'exclut en notre matière : c'est qu'elle n'a jamais pour objet que des choses non encore appropriées, et qu'on ne conçoit pas la constitution d'une servitude sur de pareilles choses.

(2) Nul doute que l'usucapion d'un fonds dominant entraîne par voie de conséquence acquisition de la servitude active. Ce qui est impossible, c'est donc seulement l'usucapion spéciale et distincte d'une servitude au profit d'un fonds dont on a déjà la propriété (L. 10 § 1, *De usurp.*, XLI, 3). Encore paraît-il que très-anciennement cette usucapion avait été admise, puisque Paul rapporte qu'une loi Scribonia la supprima (L. 4 § 29, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3). Un autre texte de Paul (I, 17 § 2) a fait croire que dans le droit classique les servitudes d'aqueduc et de puisage, une fois éteintes par le *non usus*, revivent par une usucapion de deux ans. Mais la pensée du jurisconsulte n'est-elle pas plutôt que des actes de jouissance accomplis avant l'expiration du délai de deux ans préviennent l'extinction?

(3) On voit dès à présent que des trois modes volontaires d'aliénation l'*in jure cessio* est le seul qui convienne à toutes les servitudes prédiales, et on verra bientôt que c'est le seul applicable à l'usufruit (*Fr. Vat.*, § 45). De là au Digeste l'extrême fréquence des expressions *cedere servitutem*, *usumfructum*, et *cessio servitutis*, *usus fructus*, dans lesquelles Justinien a dû invariablement retrancher les mots *in jure*.

(4) Le testateur peut aussi, usant de la formule du legs *per damnationem*, impo-

Jusqu'ici nous voyons la servitude entrer dans un patrimoine où elle ne figurait pas encore, elle est elle-même l'objet direct d'une aliénation (*translatio*). Par antithèse à ce procédé, l'on peut supposer qu'un propriétaire, ayant deux fonds, aliène l'un d'eux seulement, mais en le grevant d'une servitude au profit de celui qu'il n'aliène pas. Sans nul doute, la servitude se produit alors comme droit distinct, et cela par suite et comme condition d'une aliénation; mais ce n'est pas elle-même qui est aliénée, et la vérité est que son titulaire, au lieu d'acquérir quelque chose de nouveau, ne fait que conserver, sous le nom de servitude, une faible portion du droit de propriété qu'il avait auparavant tout entier. Ce procédé, appelé *deductio*, *detractio* ou *retentio servitutis*, est admis, quelle que soit la nature de la servitude, dans la mancipation (1), dans l'*in jure cessio*, et aussi dans le testament lorsqu'un fonds est légué *per vindicationem* sous la réserve d'une charge au profit d'un autre fonds qui reste *in hereditate*. Mais il ne s'applique pas en cas de simple tradition (*Fr. Vat.*, § 47) (2).

A. Est-il absolument nécessaire que la constitution de la servitude soit pure et simple pour être valable? Il faut distinguer ici d'une part entre le terme *ad quem* et la condition *ad quam*, qui, sans empêcher la naissance immédiate du droit, en subordonnent l'extinction à l'arrivée d'une certaine époque ou d'un certain événement, et d'autre part le terme *a quo* et la condition *ex qua*, qui au contraire en retardent ou en suspendent la naissance elle-même. S'agit-il d'un terme *ad quem* ou d'une condition *ad quam :* exprès ou tacites (3), ils sont absolument

ser à son héritier l'obligation d'établir une servitude, mais alors le droit réel ne prend naissance qu'en vertu de la mancipation ou de l'*in jure cessio* que le grevé est tenu de faire. Il serait donc juridiquement inexact de considérer ici la servitude comme créée par le testament lui-même, bien qu'elle y puise sa raison d'être.

(1) La servitude urbaine elle-même peut être retenue dans une mancipation, et cela n'a rien de choquant, puisque ce n'est pas la servitude qui est mancipée. Telle est la remarque faite par Gaius à propos de la *deductio ususfructus* (II, § 33).

(2) Le texte cité ne statue que sur l'usufruit; mais on doit évidemment l'appliquer, par analogie, aux servitudes prédiales. Quant au motif de cette rigueur, il faut probablement le chercher dans cette idée que les servitudes, tant réelles que personnelles, étant des créations du droit civil, ne doivent pas pouvoir s'établir par un pacte adjoint à un mode d'aliénation du droit des gens.

(3) Il est possible que les parties aient entendu subordonner le maintien de la servitude au maintien du genre d'exploitation actuellement appliqué au fonds dominant. Par exemple, ce fonds est aujourd'hui planté de vignes, et c'est à ce titre seulement que la servitude peut lui profiter. S'il vient à être converti en prairie ou en terre labourable, elle devra cesser. Voilà un exemple de condition *ad quam* tacite (L. 13 pr., *De serv. rust.*).

exclus par la nature des servitudes qui est d'être perpétuelles comme la propriété (1). Mais, tandis que la translation de propriété soumise à un pareil terme ou à une pareille condition serait nulle de plein droit (n° 202) la servitude n'en est pas moins valablement constituée, seulement on la répute pure et simple. Toutefois l'action confessoire, intentée après l'arrivée du terme ou de la condition, échoue contre une exception de dol ou de pacte accordée par le droit prétorien, de sorte que finalement le but des parties n'est pas manqué (L. 4 pr., *De serv.* — L. 56 § 4, *De verb. oblig.*, XLV, 1). Cette différence entre la propriété et les servitudes ne s'explique guère que par une considération fort subtile : c'est qu'il est dans la destinée des servitudes de s'éteindre un jour, tandis que régulièrement la propriété se déplace plutôt qu'elle ne s'éteint.

A. Supposons maintenant qu'il s'agisse d'un terme *a quo* ou d'une condition *ex qua*. Il n'y a rien sans doute dans la nature du droit de servitude qui répugne à l'apposition de ces modalités; mais il se peut que le mode de constitution les exclue, et de là les trois résultats suivants : 1° expressément apposées, elles rendent non avenue la mancipation, l'*in jure cessio* ou l'adjudication d'une servitude (L. 77, *De reg. jur.*, L, 17); 2° tout au contraire, le terme ou la condition tacites n'empêchent pas la validité de ces actes et y produisent leur effet (2); 3° enfin le legs d'une servitude *ex die* ou *ex conditione* est toujours valable (L. 3, *De serv. leg.*, XXXIII, 3), et c'est ici spécialement qu'il est utile de remarquer que ces modalités, à la différence du *dies ad quem* et de la condition *ad quam*, n'ont rien de contraire à la nature des servitudes (3).

(1) Un texte de Paul (*Fr. Vat.*, § 48) prouve très-clairement qu'il n'y a pas à distinguer si ce terme et cette condition sont exprimés ou sous-entendus dans l'acte constitutif de la servitude. C'est donc bien la nature du droit, et non la forme de l'acte, qui les exclut.

(2) Voici un exemple remarquable d'*in jure cessio* tacitement subordonnée à une condition *ex qua* : soit un fonds commun, on sait déjà que la cession faite par un seul des copropriétaires ne crée pas la servitude, attendu qu'il ne peut ni grever sa part seule ni empirer la condition de ses copropriétaires. Mais que plus tard ceux-ci imitent tous son exemple, et la servitude prendra existence du jour de la dernière cession. De là la règle suivante : la cession d'une servitude par un copropriétaire est subordonnée, quant à ses effets, à la condition d'une cession à faire par les autres ayant droit. Mais cette condition accomplie ne rétroagit pas, et les cessions déjà faites s'évanouiraient sans retour, si, avant que la dernière fût consommée, l'un des cédants antérieurs mourait ou aliénait sa part (L. 11, *De serv. præd. rust.* — L. 6 § 2; L. 18, *Comm. præd.*).

(3) Cependant un texte, probablement mutilé, de Papinien (L. 4 pr., *De serv.*) a

271. *Droit prétorien.* — Chemin faisant, je viens de constater que le préteur adoucit la rigueur du droit civil 1° en protégeant les servitudes adjugées dans un *judicium imperio continens;* 2° en faisant respecter le *dies ad quem* et la condition *ad quam.* Ce sont là des réformes de médiocre importance. Mais la grande innovation prétorienne, celle qui devait renouveler la théorie de l'acquisition des servitudes, ce fut l'introduction de la quasi-possession, qui est au droit de servitude ce que la possession proprement dite est au droit de propriété (n° 218). Pour mieux préciser en quoi elle consiste, il convient de distinguer entre les servitudes positives et les servitudes négatives. S'agit-il de servitudes positives : la quasi-possession résulte des actes que je fais, des travaux que j'exécute sur le fonds servant; elle en résulte, dis-je, indépendamment de toute convention et par cela seul que je prétends, à tort ou à raison, agir en vertu d'un droit. S'agit-il de servitudes négatives: la quasi-possession se caractérise par l'abstention même du propriétaire ou du possesseur du fonds asservi, cela pourvu que cette abstention, au lieu d'être le résultat spontané et libre de sa seule volonté, puise sa raison d'être dans une convention ou dans un testament.

Les servitudes une fois reconnues susceptibles de quasi-possession, voici les conséquences auxquelles on aboutit :

1° Elles peuvent désormais s'établir par une quasi-tradition qui est réputée faite aussitôt que le propriétaire du fonds dominant commence à les exercer par la volonté du propriétaire asservi (L. 1 § 2, *De serv. præd. rust.* — L. 11 § 1, *De publ.*). La quasi-tradition comporte sans difficulté l'apposition d'un *dies a quo* ou d'une condition *ex qua* (L. 48, *De pact.*, II, 14) (1).

2° La tradition n'exclut plus la possibilité d'une *deductio servitutis.* Car une telle clause, inefficace en droit civil, devient facile à exécuter à l'aide d'une quasi-tradition (L. 6 pr., *Com. præd.*).

3° La servitude qui n'a pas été constituée *a domino* s'acquiert incontestablement par un exercice longtemps prolongé, je n'ose dire par une

permis de soutenir que la servitude ne peut d'aucune façon être établie *ex tempore* ou *sub conditione.* Mais ce qui prouve que le jurisconsulte ne se réfère qu'aux modes de constitution volontaire, c'est qu'il autorise le propriétaire du fonds servant à faire valoir le terme ou la condition par l'exception *pacti* qui suppose essentiellement une convention.

(1) La servitude constituée par simple *quasi traditio*, et plus généralement celle qui n'existe que selon le droit prétorien, est protégée soit par une action confessoire utile, soit par une exception (L. 16, *Si serv. vind.*).

quasi longi temporis possessio, parce qu'en cette matière les textes se servent plutôt des expressions *diuturnus* ou *vetus usus*, *longa quasi possessio*, *longa consuetudo*, *longi temporis consuetudo*. Ce langage me paraît significatif : il nous indique nettement que les règles de la *longi temporis præscriptio* ne reçoivent pas ici une application rigoureusement exacte. Reste donc à rechercher dans quelle mesure on y déroge, et cette recherche porte nécessairement sur trois points : 1° une quasi-possession de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents est-elle absolument nécessaire, et, en même temps, est-elle toujours suffisante? Je n'hésite pas à répondre négativement, convaincu qu'il n'y a ici aucune détermination légale d'un laps de temps précis, que tout dépend de l'appréciation du juge, et que c'est justement pour cela qu'on évite, quand il est question de servitudes, les expressions techniques *longi temporis possessio* ou *præscriptio*. Telle est bien la doctrine qui paraît ressortir des textes d'Ulpien que je citerai tout à l'heure relativement à la *justa causa* (1); 2° la *quasi possessio* suppose-t-elle la bonne foi? Sur ce point je ne sache ni texte ni motif logique qui exclue l'application du droit commun. Tout au contraire, il me semble que, si l'on permet au juge de ne pas se contenter d'une quasi-possession de dix ou de vingt ans, c'est surtout afin de ne laisser planer aucun doute sur la bonne foi du possesseur; 3° enfin, l'existence d'une *justa causa* devra-t-elle être établie? Ici les textes sont formels : c'est assez, dit Ulpien (L. 1 § 23, *De aqu. et aqu. pl.*, XXXIX, 3), que la quasi-possession ne soit pas entachée des vices de précarité, de clandestinité ou de violence. Et cette doctrine générale, le même Ulpien (L. 10 pr., *Si serv. vind.*) en fait l'application à la servitude *aquæ ducendæ*, et l'empereur Caracalla (L. 1, C., *De serv.*, III, 34) à la servitude *ne luminibus officiatur*. La *justa causa* n'est donc pas nécessaire, et cela revient à dire que les servitudes, à la différence de la propriété, peuvent être acquises *longo tempore* non-seulement par celui qui a traité avec le *non dominus*, mais encore par celui qui n'a traité avec personne. A cette doctrine toutefois j'apporterai une restriction que les textes ne formulent pas, mais qui résulte clairement des principes. Je dirai qu'à l'égard des servitudes purement négatives, la nécessité d'une *justa causa* ne saurait être écartée, puisqu'ici il n'y a pas de quasi-possession sans le

(1) On lit, il est vrai, dans un texte du Code (L. 2, *De serv. et aqu.*, III, 34) que les servitudes se prescrivent *exemplo rerum immobilium*. Mais l'examen de l'espèce et de la décision prouvent que ce texte ne se réfère pas à la durée de la quasi-possession.

consentement du propriétaire ou de celui qui se prétend tel, ou que tout au moins une pareille quasi-possession serait affectée d'un caractère évident de clandestinité. Comment, par exemple, un propriétaire qui pendant dix ou vingt ans s'abstiendrait de construire, pourrait-il se douter que son inaction va entraîner pour moi acquisition d'un *jus altius non tollendi?* Je ne puis donc prescrire cette servitude qu'autant qu'elle m'a été expressément consentie par une personne sans droit (1).

4° Anciennement, les fonds provinciaux n'étaient susceptibles d'aucunes servitudes, puisqu'elles ne s'établissaient que par des modes exclusivement translatifs de la propriété quiritaire (Gaius, II, § 31). La théorie de la quasi-possession, applicable partout, vint combler cette immense lacune.

5° Les interdits possessoires n'avaient été créés que pour les choses corporelles. Les servitudes furent désormais protégées par des interdits quasi-possessoires (L. 20, *De serv.*), qui, comme on le verra plus tard, diminuèrent singulièrement l'usage, sinon la portée, des actions confessoire et négatoire.

Droit de Justinien. — Ici comme ailleurs, la tâche de ce prince consista à élaguer ce qui avait vieilli et à fondre en un seul tout ce qu'il y avait de vraiment vivant dans les deux législations jusque-là coexistantes. Pour les servitudes, comme pour la propriété, il n'est plus question ni de mancipation ni d'*in jure cessio*. Elles s'établissent donc : 1° par quasi-tradition ; 2° par *deductio* dans une tradition ; 3° par *quasi possessio longi temporis*, et d'après une constitution de Justinien cette *quasi possessio* doit désormais avoir la même durée que la possession requise pour prescrire la propriété (L. 12 § 4, C., *De præscr. long. temp.*, VII, 33); 4° par adjudication, sans plus distinguer si le *judicium* est *legitimum* ou non ; 5° par legs, quelle que soit la formule employée par le testateur (2). S'établissent-elles aussi par pactes et par stipula-

(1) Contre la restriction que je propose on pourrait alléguer le rescrit précité de Caracalla où il s'agit d'une servitude *ne luminibus officiatur*. Mais qu'on examine bien l'hypothèse, et l'objection s'évanouira. Le texte suppose qu'une construction a été démolie, puis rebâtie sur un plan différent de l'ancien (*contra veterem formam*). Or antérieurement elle ne gênait pas la vue du voisin, elle la gêne aujourd'hui. Il est évident que cette hypothèse ne saurait être assimilée à celle d'un propriétaire construisant sur un terrain qui n'aurait jamais été bâti. Ici, pour lui dénier le droit de construire de telle ou telle manière, je ne pourrais alléguer que son inaction antérieure. Au contraire, dans l'espèce visée par le rescrit de Caracalla, je me fonde sur un état de fait préexistant qui était l'œuvre du possesseur lui-même ou de l'un de ceux qui ont possédé avant lui.

(2) Il est même remarquable que Justinien emprunte ici à Gaius un texte qui,

tions, comme le disent les Institutes (§ 4 *sup.*)? Ce serait là une grande innovation de Justinien. Mais la question étant fort controversée et devant se représenter exactement identique en matière d'usufruit, je crois devoir l'omettre pour le moment (n° 278).

Enfin, en ce qui concerne le terme et la condition, Justinien consacre absolument les décisions du droit prétorien.

IV. — COMMENT S'ÉTEIGNENT LES SERVITUDES PRÉDIALES.

272. — On peut compter cinq modes d'extinction des servitudes prédiales :

1° La remise ou renonciation consentie par le titulaire lui-même au propriétaire du fonds asservi. — Régulièrement, elle ne s'opère que par l'un des modes volontaires admis à l'effet de constituer le droit lui-même, savoir pour toutes servitudes par l'*in jure cessio*, pour les servitudes rurales par la mancipation (1). Si, en dehors de ces formes, le titulaire du droit y renonce soit expressément, par exemple en autorisant les actes ou les ouvrages jusque-là prohibés, soit tacitement, par exemple, en assistant sans rien dire à une aliénation du fonds servant présenté comme libre, la servitude ne subsiste pas moins selon le droit civil ; mais le préteur en paralyse la revendication par une exception *pacti conventi* ou *doli mali*.

2° La confusion ou réunion des deux fonds dans les mêmes mains (L. 1, *Quemad. serv. amitt.*) (2). — C'est la règle *Nulli res sua servit*

dans la pensée du jurisconsulte, se référait certainement au legs *per damnationem* (§ 4 *sup.* — L. 16, *Comm. præd.*).

(1) Cet emploi de la mancipation pour éteindre une servitude rurale n'est mentionné nulle part. Mais l'analogie ne permet pas de le nier. Quant à l'*in jure cessio*, un texte de Gaius nous la présente éteignant le droit d'usufruit (II, § 30) ; et un texte du Digeste (L. 18, *Comm. præd.*) porte la trace évidente d'une application semblable en matière de servitudes prédiales. Au surplus, en supposant que le propriétaire du fonds dominant voulût céder *in jure* la servitude à un tiers autre que le propriétaire du fonds servant, on devait rencontrer ici une controverse que les textes rapportent à propos de l'usufruit et que je signalerai plus loin (page 675, note 1).

(2) Il est possible que la cause même qui détermine la confusion emporte pour le propriétaire des deux fonds l'obligation de restituer l'un d'eux. Par exemple, le propriétaire du fonds servant a été institué héritier par le propriétaire du fonds dominant, et ce dernier fonds a été légué *per damnationem* à un tiers. De même encore, le fonds dominant a été constitué en dot à un mari propriétaire du fonds servant. Dans ces cas et autres semblables, la servitude s'éteint néanmoins, mais elle devra être rétablie au moment de la restitution (L. 18, *De serv.* — L. 7 § 1, *De fund. dot.*, XXIII, 5).

qu'on applique ici. Mais elle fléchirait nécessairement devant le principe de l'indivisibilité des servitudes, si la confusion n'était pas complète, c'est-à-dire si la moindre part indivise de l'un des deux fonds restait en mains tierces. On aurait donc ici une servitude continuant à exister dans une situation où elle ne pourrait pas naître (1).

3° Le non-usage de deux ans (2). — On distingue ici entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines.

Quant aux servitudes rurales, le simple non-usage suffit à les éteindre, et cela tient à ce que là où elles ne sont point exercées, le propriétaire recouvre nécessairement la pleine possession de son droit. Il y a non-usage non-seulement lorsque le propriétaire du fonds dominant néglige purement d'exercer son droit, mais aussi quand, ne faisant pas les actes que son titre autorise, il en fait d'autres. Que, par exemple, celui qui avait le droit de puiser de l'eau la nuit s'avise d'en puiser le jour et rien que le jour, le résultat sera le même que s'il ne puisait pas du tout (L. 10 § 1, *Quemad. serv. amitt.*). On tient également pour non-usage l'impossibilité d'user résultant d'un cas fortuit, par exemple du desséchement de la source qui me fournissait de l'eau (L. 34 § 1; L. 35, *De serv. præd. rust.* — L. 14 pr., *Quemad. serv. amitt.*). Volontaire ou forcée, l'inaction absolue entraîne toujours au bout de deux ans l'extinction de la servitude (3).

Quant aux servitudes urbaines, le non-usage ne les éteint qu'autant qu'il est précédé de l'établissement d'un état de fait qui en empêche absolument l'exercice. Si, par exemple, il s'agit d'un *jus luminum*, ce n'est pas assez que le propriétaire du fonds dominant ne se mette jamais à la fenêtre, il faut que les fenêtres elles-mêmes aient été bouchées. S'il s'agit d'un *jus altius non tollendi*, il faut que les constructions

(1) L'effet extinctif de la confusion une fois réalisé, la séparation postérieure des deux fonds, soit par aliénation ordinaire, soit par partage de succession, ne ferait pas revivre la servitude, et cela quand même les signes extérieurs qui en révélaient l'existence n'auraient pas disparu (L. 30 pr., *De servit. præd. urb.*).

(2) On doublait le délai, lorsque la servitude ne devait s'exercer qu'un an ou un mois sur deux (L. 7, *Quemad. serv. amitt.*).

(3) Quand il y a simple négligence du titulaire de la servitude, l'extinction peut être empêchée par le fait d'un tiers quelconque, fût-ce un usurpateur ou même un étranger que le hasard amène en passant, pourvu qu'il agisse avec la conscience du droit qui appartient au fonds (LL. 5 et 6 pr.; LL. 20 à 25, *Quemad. serv. amitt.*). Si au contraire il y a impossibilité matérielle d'user, l'extinction s'opère fatalement; mais l'exercice du droit redevenant possible, le prince accorde volontiers une *restitutio*, et Javolénus va jusqu'à imposer au propriétaire du fonds servant l'obligation de rétablir la servitude (L. 35, *De serv. præd. rust.*—L. 14 pr., *Quemad. serv. amitt.*).

prohibées aient été élevées sur le fonds servant (LL. 6 et 32 pr., *De serv. præd. urb.*). Peu importe d'ailleurs que l'obstacle provienne du fait du propriétaire asservi, du fait d'un tiers, ou de toute autre cause. (L. 6 pr., *Si serv. vind.*). A raison de cette nécessité absolue d'un état de choses, et, pour ainsi dire, d'une possession contraire à la servitude, les Romains disent que l'extinction s'opère ici par une *usucapio libertatis* plutôt que par le non-usage (L. 18 § 2, *Quemad. serv. amitt.* — L. 4 § 29, *De usurp. et usuc.*). Si on le préfère, on peut dire, avec une exactitude au moins égale, que pour les servitudes rurales le délai extinctif court du jour du dernier acte fait en exercice du droit, tandis que pour les servitudes urbaines il ne court que du jour où la jouissance en est paralysée par un obstacle matériel, consistant dans la confection de travaux qu'elle devait empêcher ou dans la destruction d'ouvrages qu'elle nécessitait (1). Cette différence s'explique par le caractère de continuité qui se rencontre presque toujours dans les servitudes urbaines, et qui manque ordinairement dans les servitudes rurales (2).

Sur les unes et les autres il faut faire quatre observations : 1° la servitude survit au non-usage de deux ans, lorsque le fonds dominant appartient pour le tout ou pour une part indivise soit à un pupille, soit à une personne en curatelle (L. 10 pr., *Quemad. serv. amitt.*) (3) ; 2° le calcul du délai se fait ici, très-probablement, d'après les règles suivies en matière d'usucapion (n° 237), c'est-à-dire qu'une servitude dont l'exercice a eu lieu pour la dernière fois ou a commencé à devenir impossible le jour des calendes de janvier, sera réputée éteinte dès

(1) La non-exécution des travaux dont la servitude implique l'existence ne suffit pas pour faire courir le délai (L. 18 § 2, *Quemad. serv. amitt.*).

(2) Ce motif a permis aux interprètes de soulever la question suivante : Ne faut-il pas, pour savoir si la servitude doit s'éteindre par l'*usucapio libertatis* ou par le seul non-usage, s'attacher uniquement à son caractère de continuité ou de discontinuité en faisant pleine abstraction de son caractère urbain ou rural? L'affirmative serait assurément très-rationnelle, et je conviens qu'elle trouve quelque appui dans un texte où il est dit que les servitudes qui consistent *in superficie* se conservent par la possession (L. 20 pr., *De serv. præd. urb.*). Mais elle est en opposition formelle avec le texte fondamental de la matière (L. 6, *De serv. præd. urb.*).

(3) On applique ici tout à la fois et le sénatus-consulte qui prohibe l'aliénation des immeubles des mineurs et autres incapables (nos 149 et 176) et le principe de l'indivisibilité des servitudes (n° 267). Mais la même doctrine serait-elle admissible, si le non-usage résultait de l'impossibilité d'user? Je ne le pense pas. Car ici l'incapable subit un préjudice qui n'est pas la conséquence de son incapacité. Les Romains ont donc tort, ainsi que le prouve une remarque déjà faite (page 652, note 3), de comprendre l'impossibilité d'user dans le non-usage.

que les calendes du second mois de janvier suivant seront arrivées (1); 3° lorsque le propriétaire du fonds dominant aliène, le délai qui courait contre lui continue à courir contre son acquéreur (L. 18 § 1, *Quemad. serv. amitt.*); 4° de même que l'usucapion n'est point interrompue par l'exercice de la *rei vindicatio*, de même une servitude peut s'éteindre *non utendo* même après qu'il y a eu *litis contestatio* sur l'action *confessoria* (L. 8 § 4, *Si serv. vind.*) (2).

Justinien conserva tous ces principes (3), si ce n'est qu'au délai trop bref de deux ans il substitua ceux de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents (L. 13, C., *De serv.*, III, 34) (4). Mais cette distinction, à laquelle il faut donner ici le même sens qu'en matière de *longi temporis præscriptio*, n'a plus la même raison d'être. Et en effet, tandis que, pour empêcher l'usucapion de s'accomplir, le propriétaire doit poursuivre le possesseur, le titulaire d'une servitude prédiale n'a qu'à user de son droit pour en prévenir l'extinction; or, en quoi cet usage lui serait-il rendu plus difficile par cette circonstance qu'il est domicilié dans une autre province que le propriétaire du fonds servant? Pour être logique, il aurait fallu que dans notre hypothèse Justinien déterminât la présence ou l'absence d'après la distance qu'il y a entre les deux fonds et le domicile du propriétaire du fonds dominant.

4° La résolution du droit du constituant. — Soit par exemple un

(1) Pour exiger ici l'accomplissement intégral du dernier jour et soutenir que la servitude ne sera éteinte que le 2 janvier, on s'est prévalu d'un texte que j'écarte comme n'ayant trait qu'au calcul de la durée des actions temporaires (L. 6, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Je crois plus sûr de suivre les règles de l'usucapion. En effet, l'analogie des deux matières se manifeste ici non-seulement par le résultat même du non-usage qui est d'une part l'acquisition, de l'autre la perte d'un droit réel, mais aussi par l'adoption du délai de deux ans, par l'application du sénatus-consulte relatif aux immeubles des mineurs de vingt-cinq ans, et enfin par la reproduction de la théorie de l'*accessio temporum*.

(2) La même observation s'applique aux servitudes personnelles (L. 5 § 3, *Si usus-fr. pet.*, VII, 6).

(3) Cependant les interprètes, qui contestent tout, ont mis ce point en question : quelques-uns ont prétendu que sous Justinien les servitudes prédiales ne s'éteignent plus par le simple non-usage, mais seulement lorsque le propriétaire du fonds dominant remplit par rapport au titulaire de la servitude toutes les conditions exigées pour l'acquisition de la propriété par usucapion. Je ne m'expliquerai sur cette difficulté qu'à propos de l'usufruit (page 676, note 1), parce que les textes qui la soulèvent se réfèrent spécialement à ce droit, et qu'en conséquence la solution doit être la même pour l'un et l'autre cas.

(4) Même entre présents, le délai de vingt ans constitue la règle, lorsque la servitude est de nature à ne pouvoir s'exercer qu'une fois tous les cinq ans (L. 14, *De serv.*).

immeuble légué *per vindicationem*, mais seulement sous condition. Si l'héritier le soumet à une servitude, et que plus tard la condition mise au legs se réalise, la servitude tombe immédiatement par application de ce principe que nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a. L'héritier a bien pu, en effet, établir la servitude à un moment où le fonds lui appartenait; mais il n'a pas pu faire qu'elle durât plus que son droit de propriété (L. 11 § 1, *Quemad. serv. amitt.* — L. 105, *De cond. et dem.*, XXXV, 1) (1).

5° La perte complète du fonds dominant ou du fonds servant (2).

DES SERVITUDES PERSONNELLES.

273. J'ai déjà dit que les servitudes personnelles sont établies en faveur d'une personne. Et de là entre elles et les servitudes prédiales trois différences importantes : 1° l'avantage principal qu'elles confèrent consiste toujours à faire des actes sur la chose grevée. Si elles comprennent un certain *jus prohibendi* et parfois aussi un certain *jus habendi*, ce n'est que par voie de conséquence et à l'effet d'assurer et de faciliter l'exercice des actes qu'elles comportent. Car quel profit personnel retirerais-je de la simple inaction d'un propriétaire ou de l'existence sur son fonds d'un ouvrage qui ne me sert pas? 2° ces servitudes ne se conçoivent pas *sine persona*, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être ni constituées ni même dues là où il n'y a pas une personne qui puisse immédiatement les acquérir et les exercer. De cette règle un peu subtile on déduit notamment qu'un *servus hereditarius* ne peut ni acquérir ni stipuler un droit d'usufruit ou d'usage, tandis qu'il pourrait très-bien acquérir ou stipuler une servitude prédiale pour le fonds de l'hérédité (*Fr. Vat.*, § 55. — L. 26, *De stip. serv.*, XLV, 3) (3); 3° ces

(1) La servitude ne se résoudrait pas, si le constituant, au lieu de perdre de plein droit la propriété, ne faisait que la retransférer à son auteur en vertu d'une obligation. Au surplus, la décision donnée dans les textes que je cite ne s'applique pas aux servitudes actives : la propriété de celui par qui elles ont été acquises venant à se résoudre, elles ne périssent pas (L. 11 § 2, *Quemad. serv. amitt.*).

(2) Si la servitude appartient à un fonds urbain, la destruction du bâtiment a pour conséquence l'impossibilité d'user plutôt que l'extinction immédiate du droit, d'où il suit qu'on le réputé maintenu, si le bâtiment est reconstruit dans les deux ans, de telle façon qu'il n'y ait rien de changé aux conditions d'exercice de la servitude (L. 20 § 2, *De serv. præd. urb.*).

(3) On remarquera la différence que ces textes établissent entre la stipulation et le legs d'une servitude personnelle. Le legs fait au *servus hereditarius* est valable, parce que, comme on le verra plus tard, la *diei cessio* de ce legs n'a jamais lieu avant que le testateur ait un héritier (n° 382, *in fine*).

servitudes sont nécessairement viagères, c'est-à-dire que leur plus longue durée se mesure à la vie de la personne à qui elles appartiennent (L. 3 § 3, *Quib. mod. usuf. amitt.*, VII, 4). En décidant ainsi, les Romains n'ont pas seulement obéi à la logique, qui n'admet pas le maintien d'un rapport entre deux termes dont l'un n'existe plus ; mais ils ont aussi compris que la servitude personnelle, se résolvant toujours en une simple division entre plusieurs personnes des avantages contenus dans le droit de propriété, n'ajoute rien à la somme de la richesse générale ; qu'au contraire, par les obstacles qu'elle suscite à l'exploitation, par les nombreux conflits d'intérêts qu'elle engendre, enfin par les gênes qu'elle apporte au droit de disposition du propriétaire, elle aboutit plutôt à une certaine déperdition de valeur. Ces servitudes ne méritaient donc pas la même faveur que les servitudes prédiales (1).

Le même motif sans doute en a fait limiter le nombre. Nous n'en trouvons que quatre, savoir : 1° l'usufruit, qui est de beaucoup la plus importante de toutes, et dont les autres ne sont, pour ainsi dire, que des réductions ; 2° l'usage ; 3° l'habitation ; 4° les *operæ servi aut animalis.*

DE L'USUFRUIT.

SOMMAIRE : I. Définition de l'usufruit. — II. Droits et obligations de l'usufruitier. — III. Comment l'usufruit s'établit. — IV. Comment il s'éteint. — V. Du quasi-usufruit.

I. — DÉFINITION DE L'USUFRUIT.

Lib. II, tit. IV, *De usufructu*, pr. — Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia : est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est (Paul et Celsus, LL. 1 et 2, *De usuf.*. VII, 1).

L'usufruit est le droit d'user et de jouir de la chose d'autrui, tant qu'elle conserve sa manière d'être ; en effet, ce droit porte sur une chose corporelle qui, détruite, entraîne nécessairement perte du droit lui-même.

274. Quatre idées sont contenues dans le texte qui précède :

1° L'usufruit porte sur une *res aliena ;* en quoi il ressemble à toutes les autres servitudes tant prédiales que personnelles, et à tous les droits réels prétoriens (2).

(1) N'est-ce pas là l'idée que Justinien exprime aux Institutes (pr. *in fine*, *De usuf.*)?

(2) L'amour des complications et des subtilités a fait imaginer aux interprètes

2° Comme la propriété dont il est un démembrement (1), il ne porte que sur des choses corporelles.

3° Il comprend le *jus utendi* dans toute sa plénitude, et le *jus fruendi* dans sa signification étroite et technique, c'est-à-dire le droit

une distinction de l'usufruit formel et de l'usufruit causal, l'usufruit formel étant celui qui existe comme droit détaché au profit d'un tiers, l'usufruit causal celui qui n'est qu'une partie de la propriété non démembrée. Cette distinction me paraît aussi superflue au fond que barbare dans la forme. Sans doute quelques textes parlent de l'usufruit qui nous appartient *jure proprietatis* ou *qui comitatur proprietatem* (L. 21 § 3, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. — L. 126 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1). Sans doute aussi l'on permet à un propriétaire d'hypothéquer distinctement la portion de son droit qu'il pourrait séparer de la propriété sous le nom d'usufruit (L. 11 § 2, *De pign. et hyp.*, XX, 1). Mais la vérité est néanmoins que celui qui a la pleine propriété n'est pas considéré comme usufruitier de sa propre chose (L. 63, *De usuf. et quemad.*, VII, 1), et c'est pourquoi on ne lui donne jamais l'action *confessoria* (L. 5 pr., *Si ususf. pet.*, VII, 6. — L. 21 § 3, *De exc. rei jud.*).

(1) En qualifiant ainsi l'usufruit, j'entends simplement exprimer qu'il ne contient rien qui ne soit dans la pleine propriété, et c'est là une proposition incontestable. Mais à cette occasion, je signalerai, dans les textes, une certaine contrariété de langage qui n'est nullement le signe d'une divergence sur la nature de ce droit, mais plutôt l'expression de deux points de vue que les jurisconsultes ont combinés. Très-souvent on dit de l'usufruit qu'il n'est pas *pars dominii*, mais plutôt *jus, servitus*, ou *proprium quiddam*. D'autres fois, au contraire, on l'appelle *pars dominii*. La première manière de parler, conforme au sens technique du mot *pars* (L. 25 § 1, *De verb. sign.*, L, 16), exprime la règle, la seconde l'exception. La première signifie qu'ordinairement l'usufruit n'est pas traité comme le serait un droit de propriété indivise, mais qu'il suit les règles des servitudes prédiales ou a ses règles propres; la seconde veut dire qu'à certains égards cependant on l'assimile à un droit de copropriété.

Voici quelques décisions que les textes rattachent bien formellement au premier point de vue : 1° le nu propriétaire revendiquant sa chose n'a pas besoin d'exprimer dans la formule qu'il restreint son action à la nue propriété; en cela il diffère d'un copropriétaire qui, négligeant de limiter sa demande à sa part, commet une *plus-petitio* (L. 25 pr., *De verb. sign.*, L, 16. — Inst., § 9, *De leg.*, II, 20); 2° l'usucapion de la chose, qui dépouille tous les copropriétaires, laisse subsister l'usufruit comme les servitudes (L. 44 § 5, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3); 3° bien que le créancier puisse faire une acceptilation partielle, celui à qui la propriété d'une chose est due ne ferait pas valablement acceptilation de l'usufruit (L. 13 § 2, *De accept.*, XLVI, 4); 4° dans les legs d'usufruit, l'accroissement a lieu *personæ*, et non pas *portioni* (L. 33 § 1, *De usuf.*, VII, 1. — N° 397). — La même idée explique pourquoi une action en partage n'est jamais possible entre un nu propriétaire et un usufruitier, et pourquoi toute stipulation d'usufruit est considérée comme *incerta* (L. 75 § 3, *De verb. obl.*, XLV, 1).

En sens inverse, les jurisconsultes rattachent au second point de vue les décisions suivantes : 1° un débiteur principal s'obligeant à donner un fonds, on tient pour valable la fidéjussion fournie en ce qui concerne l'usufruit seulement. Le fidéjusseur est donc considéré comme promettant moins que le débiteur principal, non comme promettant autre chose (L. 70 § 2, *De fid.*, XLVI, 1); 2° le testateur, léguant un fonds dont il n'a que la nue propriété, est réputé léguer la propriété pleine, de

de recueillir les produits qualifiés fruits (1). Mais il exclut absolument le *jus abutendi*, d'où cette conséquence qu'il n'y a pas d'usufruit concevable sur les choses dont nous ne pouvons user sans les détruire physiquement, comme le vin, le blé, et en général les denrées alimentaires, ou sans les consommer juridiquement, comme la monnaie (Ulp., XXIV § 26. — L. 11 § 2, *De jurej.*, XII, 2) (2). Il est clair que le *jus utendi fruendi*, portant sur de pareilles choses, se réduirait au droit stérile ou plutôt à l'obligation de les conserver sans y toucher, tout autre usage devant en détruire la propriété (3).

4° L'usufruit ne subsiste que *salva rerum substantia*, c'est-à-dire qu'il s'éteint par la perte de la chose. Tel est le sens qui se dégage

même que le simple copropriétaire serait réputé léguer le fonds entier, tandis qu'au contraire le legs d'un fonds grevé d'une servitude prédiale n'oblige pas l'héritier à le dégrever (L. 66 § 6, *De leg.* 2°, XXXI. — N° 389 *in fine.*); 3° le testateur qui a légué un fonds peut révoquer purement et simplement le legs quant à l'usufruit, comme il le révoquerait jusqu'à concurrence d'un quart ou une moitié, tandis qu'à l'inverse, pour retrancher de ce même legs une servitude prédiale, il faudrait que d'une manière expresse il imposât cette servitude au fonds légué en faveur du fonds de l'héritier ou d'un tiers (L. 2 §§ 1 et 2, *De adim. vel transf. leg.*, XXXIV, 4).

(1) Le *fructus* ou *jus fruendi* peut-il exister sans l'*usus* ou *jus utendi?* Ulpien et Paul le nient (L. 14 § 1, *De us. et hab.*, VII, 8. — Paul, III, 6 § 24). Mais il est impossible de prendre cette doctrine au pied de la lettre. En effet, Ulpien lui-même parle d'un *fructus sine usu* (L. 5 § 2, *Usufr. quem. cav.*, VII, 9). Il décide que le créancier d'un droit d'usufruit peut valablement faire acceptilation de l'*usus* et rester créancier du *fructus* (L. 13 § 3, *De accept.*, XLVI, 4). Ailleurs il suppose un testateur léguant à l'un le *fructus* et à l'autre l'*usus* (L. 42 pr., *De usuf.*, VII, 1); enfin il nous montre la propriété divisée entre trois personnes, l'une ayant le *fructus*, une autre l'*usus* et la troisième la nue propriété (L. 14 § 3, *De us. et hab.*). Comment concilier ces deux séries de textes, en apparence opposés? Par deux idées très-simples. D'abord le *jus fruendi* ne peut être sérieux, ne peut s'exercer sans un certain *jus utendi;* il implique donc le droit d'user dans la mesure où ce droit est la condition de la jouissance. En second lieu, alors même que le *jus fruendi* n'est pas accompagné d'un *jus utendi* sans restriction, il ne constitue pas un droit *sui generis*, il n'est qu'un usufruit un peu plus limité que l'usufruit ordinaire. On s'explique ainsi pourquoi l'usufruit s'appelle indifféremment *ususfructus* ou *fructus*, l'usufruitier *usufructuarius* ou *fructuarius*, et la chose grevée *res usufructuaria* ou *fructuaria*.

(2) On dit de ces choses : *ipso usu* ou *primo usu consumuntur, in abusu continentur, in absumptione sunt* (Inst., § 2, *De usuf.* — L. 5 §§ 1 et 2, *De usuf. ear. rer.*, VII, 5).

(3) Si l'on recherche ce que l'existence d'un usufruit laisse au propriétaire, il conserve d'abord le droit souvent insignifiant de recueillir les simples produits, plus un *jus abutendi* réduit et mutilé; car il ne peut ni détruire ni transformer sa chose. Il ne peut que l'aliéner, et encore dans des conditions presque toujours défavorables. Son droit est donc visiblement dépouillé de ses avantages les plus immédiats et les plus usuels, et voilà pourquoi on l'appelle expressivement *nudum dominium* ou *nuda proprietas*, et lui-même est un *nudus dominus*.

sans effort du texte précédemment reproduit (pr. *sup.*), surtout si l'on n'oublie pas de remarquer que la première phrase est expliquée par la seconde. Mais de là une critique adressée à Justinien : Pourquoi, dit-on, faire figurer dans une définition de l'usufruit un mode d'extinction d'une application relativement rare, et qui, à coup sûr, n'a rien de spécial à ce droit? Car tous les droits réels et le droit de propriété lui-même périssent avec la chose sur laquelle ils portent. Pour faire évanouir cette critique, j'estime qu'il faut élargir le sens apparent du texte et admettre qu'il se réfère à l'extinction de l'usufruit non-seulement par la perte complète de la chose, mais aussi par sa seule transformation. Car, en cette matière, ce qu'on appelle *substantia*, ce n'est pas l'objet lui-même, c'est sa forme et sa manière d'être actuelle. Cela étant, l'idée de Justinien a bien le mérite d'être spéciale, sinon tout à fait à l'usufruit, au moins aux servitudes personnelles, et à ce titre elle n'est pas déplacée dans la définition d'un droit qui est le type de toute cette espèce de droits (1).

Je conclus par cette définition : l'usufruit est le droit d'user et de jouir, dans sa forme actuelle, d'une chose corporelle appartenant à autrui et qui n'est pas de celles qu'un premier usage détruit fatalement (2).

II. — DROITS ET OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER.

Lib. II, tit. I, § 36. — Is ad quem usus fructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur,

L'usufruitier d'un fonds ne devient propriétaire des fruits que lorsqu'il les a lui-même perçus, et

(1) Cette explication du texte de Justinien n'a pas satisfait tous les interprètes. En voici deux autres : 1° l'empereur voudrait indiquer que l'usufruitier est obligé de jouir en bon père de famille; idée très-vraie en elle-même, mais qui n'explique pas la seconde phrase du texte, sans compter qu'une pareille obligation ne dérivant pas, on le verra bientôt (n° 276), de la nature de l'usufruit, il serait bizarre qu'une définition prît la peine de l'exprimer; 2° Justinien se référerait à l'impossibilité certaine d'établir un droit d'usufruit sur les choses qui se consomment par le premier usage. Un passage d'Ulpien (XXIV § 26), qui a suggéré cette interprétation, permet de croire qu'en effet cette idée entrait ordinairement dans les définitions données par les jurisconsultes; et peut-être est-ce bien celle que Paul exprimait dans le fragment que Justinien lui a emprunté pour former la première phrase de notre texte; mais alors il en aurait changé le sens en le soudant, pour l'expliquer, à une phrase de Celsus qui se rapportait à un tout autre ordre d'idées.

(2) L'usufruit est divisible, d'où il suit qu'il ne faut transporter ici aucune des règles précédemment déduites de l'indivisibilité des servitudes prédiales (L. 5, *De usuf. et quemad.* — L. 25, *Quib. mod. usuf.*, VII, 4).

quam si ipse eos perceperit, et ideo, licet, maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad heredem ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem fere et de colono dicuntur.

c'est pourquoi les fruits déjà mûrs, mais non perçus au moment de sa mort, n'appartiennent pas à son héritier, mais au propriétaire. On peut dire à peu près la même chose du fermier.

§ 37. — In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac, pili et lana. Itaque hædi, agni, et vituli, et equuli, et suculi statim naturali jure dominii fructuarii sunt. Partus vero ancillæ in fructu non est; itaque ad dominum proprietatis pertinet : absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit (Gaius, L. 28 pr. et § 1, *De usur. et fruct.*, XXII, 1).

Dans les fruits d'un troupeau on compte le croît, le lait, le poil et la laine. C'est pourquoi les chevreaux, les agneaux, les veaux, les poulains et les petits cochons appartiennent immédiatement à l'usufruitier d'après le droit naturel. Quant au part de l'esclave, il n'est pas compris dans les fruits : il appartient donc au propriétaire; et en effet, il a paru absurde que l'homme, pour qui la nature a fait tous les fruits, fût lui-même réputé fruit.

§ 38. — Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet, ut Juliano visum est; et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere : recte enim colere debet et quasi bonus pater familias.

Mais l'usufruitier d'un troupeau doit à l'aide du croît remplacer les bêtes mortes, ainsi que l'a décidé Julien; de même l'usufruitier doit remplacer les ceps et les arbres morts; car il est tenu d'exploiter sagement et en bon père de famille.

275. Le principe qui domine toute la matière est celui-ci : l'usufruitier et le nu propriétaire, considérés en ces seules qualités et abstraction faite des contrats qui peuvent les engager spécialement l'un envers l'autre, ne se doivent rien. Le droit de propriété se trouvant simplement fractionné entre eux deux, il y a désormais deux droits tout à fait indépendants l'un de l'autre, tous les deux portant directement sur la chose, et impliquant chacun pour toute obligation le respect de l'autre.

Droits de l'usufruitier. — L'usufruit comprend, comme droits essentiels, l'*usus* et le *fructus*, et accessoirement il implique tous les droits nécessaires pour rendre l'usage et la jouissance possibles. Par

exemple, s'il porte sur un fonds enclavé, le nu propriétaire est tenu de fournir un passage à l'usufruitier (L. 1 §§ 1 à 4, *Si ususf. pet.*, VII, 6. — L. 1 § 2, *Si serv. vind.*, VIII, 5). Sur l'*usus* je me bornerai à une simple observation : c'est qu'il contient le droit d'exercer les servitudes prédiales qui appartiennent au fonds (L. 1 pr., *Si ususf. pet.*). Quant au mot *fructus*, on lui donne ici un sens restreint que je vais préciser en distinguant deux hypothèses.

1re *hypothèse.* — L'usufruit porte sur une chose qui, comme un fonds de terre ou un troupeau de brebis, donne de véritables produits. Parmi ces produits, les uns prennent le nom spécial de fruits (1) et sont attribués à l'usufruitier, les autres conservent leur nom générique de produits et restent au nu propriétaire. Or on appelle fruits les produits que la chose donne d'après sa destination naturelle ou convenue et d'une manière à peu près périodique. En rapprochant de cette définition les produits si nombreux que la nature nous offre, nous arrivons aux résultats suivants :

1° Il y a des produits, et c'est la grande majorité, qui sont toujours fruits : tels sont les blés et autres céréales, les foins, les pommes, poires, noix, et tout ce que la langue vulgaire appelle proprement fruits. Tels sont aussi, sans difficulté, le lait, la laine, le fumier et les petits des animaux (§ 37 *sup.*).

2° A l'inverse, certains produits ne sont jamais des fruits, tel est le part des esclaves ; et la raison en est, comme le dit Ulpien (L. 27 pr., *De hered. pet.*, V, 3), que d'ordinaire on n'achète pas, on n'entretient pas des esclaves dans le but principal de les faire reproduire, l'homme étant de tous les êtres organisés celui qui est exposé aux plus grandes chances de mortalité, celui qui coûte le plus avant de rien rapporter, celui enfin dont la valeur varie le plus, parce qu'elle dépend beaucoup de son intelligence et de ses qualités morales (2).

(1) Dans un langage rigoureusement exact, le fruit est toujours un produit de la chose. Il vient *ex ipso corpore* (L. 121, *De verb. sign.*, L, 16. — L. 62, *De rei vind.*, VI, 1). Ce n'est donc que par analogie et par extension que parfois on appelle fruits des revenus ou avantages perçus à l'occasion de la chose, mais ne provenant pas *ex ipsa re*, comme des intérêts ou des loyers.

(1) Selon Gaius (L. 28 § 1, *De usur. et fruct.*) et Justinien (§ 37 *sup.*), c'est par respect pour la dignité humaine qu'on aurait distingué entre le part de l'esclave et le croît des animaux, étant absurde que l'homme, pour qui la nature a créé tous les fruits, fût lui-même réputé fruit. Phrase sonore, mais creuse ! car de quoi s'agit-il au fond ? de savoir si les petits de l'esclave grevé d'usufruit appartiendront au nu propriétaire ou à l'usufruitier. Or la dignité humaine n'est pas moins sacrifiée dans la première solution que dans la seconde. Au surplus, au temps de Cicéron

3° Il y a d'autres produits qui selon les circonstances présentent ou ne présentent pas le caractère de fruits. Tels sont les arbres, les substances extraites des mines et carrières, le gibier et le poisson. Les arbres sont traités comme fruits dans trois cas : 1° lorsqu'ils font partie d'une pépinière (L. 9 § 6, *De usuf. et quemad.*); 2° lorsqu'ils appartiennent à un bois taillis (*silva cædua*), c'est-à-dire destiné à être coupé à époques régulières (L. 48 § 1, *De usuf. et quemad.* — L. 30, *De verb. signif.*, L, 16); 3° lorsque le fonds soumis à l'usufruit, ne comprenant que des bois de haute futaie, ne peut donner d'autres revenus que les coupes d'arbres (L. 22 pr., *De us. et hab.*, VII, 8) (1). Quant aux mines et carrières, leurs produits sont toujours réputés fruits, lorsqu'elles étaient déjà en exploitation au moment de la naissance du droit d'usufruit (L. 9 § 2, *De usuf. et quemad.*). Mais il faut se garder de croire qu'en sens inverse on défende à l'usufruitier d'ouvrir lui-même aucune mine ou carrière : la vérité est qu'en cette matière la loi ne lui défend ni ne lui permet rien d'une manière absolue; et, pour qu'il soit en règle avec le nu propriétaire, pour qu'il ait légitimement perçu les produits des mines et des carrières, il suffira qu'en modifiant la forme de l'exploitation, il n'ait pas diminué le rendement ou la valeur du fonds (L. 13 §§ 5 et 6, *De usuf. et quemad.*). Enfin le gibier et le poisson ne sont comptés comme fruits qu'autant qu'ils forment le revenu à peu près exclusif du fonds (L. 9 § 5, *De usuf. et quemad.* — L. 26, *De usur. et fruct.*, XXII, 1).

Au surplus les fruits, quels qu'ils soient, tant qu'ils ne sont pas séparés de la chose frugifère, vivant de sa vie et s'absorbant en elle comme une partie dans le tout, appartiennent nécessairement au nu propriétaire (L. 44, *De rei vind.*, VI, 1). A quel moment donc et à quelles conditions entreront-ils dans le patrimoine de l'usufruitier? Les textes répondent en posant les deux règles suivantes : 1° les fruits n'appartiennent à l'usufruitier qu'autant qu'il les a perçus, c'est-à-dire détachés ou ramassés à terre, soit lui-même, soit par l'intermédiaire d'un tiers agissant en son nom (§ 36 *sup.* — L. 25 § 1, *De usur.*). Si par

De finib., I, 4), Manilius et Scévola traitaient l'esclave comme fruit : c'est Brutus qui fit prévaloir l'opinion contraire (L. 68 pr., *De usuf. et quemad.*).

(1) Hors ces cas, on permet pourtant à l'usufruitier de prendre du bois mort, des arbres brisés ou déracinés par accident, mais seulement pour son usage et à la charge de les remplacer. Il peut aussi prendre des arbres vivants en vue de pourvoir aux réparations nécessaires et de tailler des échalas pour les vignes (LL. 10, 11, 12 pr., et 18, *De usuf. et quemad.*).

conséquent un voleur s'approprie des fruits encore pendants ou tombés naturellement, c'est au nu propriétaire que compètent et la revendication et la *condictio furtiva* qui en tient lieu (L. 12 § 5, *De usuf. et quemad.* — L. 13, *Quib. mod. usuf.*) (1); 2° il faut et il suffit que la perception faite par l'usufruitier ou en son nom se place entre l'ouverture et l'extinction de son droit. Donc, qu'il recueille les récoltes déjà mûres, mais encore pendantes au moment où a commencé l'usufruit, et elles lui appartiendront, de même qu'à l'inverse celles qu'il laisserait sur pied en mourant échapperaient à ses héritiers (L. 27 pr., *De usuf. et quemad.*). Par où il est facile de voir qu'en dernier résultat l'usufruitier peut avoir recueilli une récolte dont il n'a pas fait les frais ou avoir fait les frais d'une récolte qu'il ne recueille pas. Mais ce bénéfice ou cette perte ne donnent jamais lieu à aucune indemnité ni à sa charge ni en sa faveur.

Ces deux règles ne perdent pas leur application, lorsque l'usufruitier, au lieu d'user et de jouir en nature, donne la chose à bail ou maintient un bail antérieurement consenti par le propriétaire (2). Je veux dire qu'en pareil cas le loyer, quoique n'étant pas réellement un produit de la chose, n'en est pas moins réputé fruit, car il représente avant tout des fruits véritables, et qu'en conséquence, pour savoir s'il est acquis à l'usufruitier ou au nu propriétaire, il n'y a qu'une question à examiner : le fermier a-t-il dû percevoir les fruits avant ou après l'extinction de l'usufruit? Si donc l'usufruitier meurt, la récolte étant en partie séparée, en partie pendante, il y a lieu à un partage proportionnel du loyer entre sa succession et le nu propriétaire (L. 58 pr., *De usuf. et quemad.*). Ces décisions découlent rigoureusement du principe général qui refuse aux conventions tout effet à l'égard des tiers.

2e *hypothèse.* — L'usufruit porte sur une chose qui, comme une maison, un esclave mâle, un meuble meublant, ne donne pas de produits proprement dits. De deux choses l'une : ou l'usufruitier use par lui-même, et alors il n'est pas question de fruits, ou, si l'on aime mieux, l'on considère comme fruits tous les avantages qu'il retire de l'usage (LL. 3 et 4, *De op. serv.*, VII, 7) ; ou, au contraire, la chose est donnée à bail, et dans ce cas le loyer est vraiment assimilé à un fruit. Mais,

(1) Quant à l'usufruitier, on lui donne l'action *furti*. Car c'est à lui, et non pas au nu propriétaire, que le *furtum* porte préjudice (n° 671).

(2) L'usufruitier n'est pas tenu de respecter ce bail, à moins que le propriétaire ne le lui ait expressément imposé (L. 59 § 1, *De usuf. et quemad.*).

au lieu de s'acquérir par la perception, il s'acquiert jour par jour, c'est-à-dire que le loyer d'un an étant divisé en trois cent soixante-cinq parties égales, si l'usufruitier a conservé son droit pendant les deux cents premiers jours de l'année, lui ou ses héritiers toucheront deux cents de ces parties et les autres appartiendront au nu propriétaire, cela sans qu'il y ait à se préoccuper des époques fixées pour le payement du prix de bail (L. 25 § 2; L. 26, *De usuf. et quemad.*). Rien de plus sage que cette décision, puisque ici le loyer représente un simple usage, et que l'usufruitier, s'il eût exercé son droit lui-même, n'aurait usé dans l'espèce ni plus ni moins de deux cents jours (1).

Deux remarques importantes compléteront cet exposé sommaire des droits de l'usufruitier : 1° son *jus utendi fruendi* s'exerce sur la chose telle qu'elle est au jour de l'ouverture de l'usufruit, par conséquent sur ses accessoires, notamment sur l'outillage du fonds, et le propriétaire ne peut plus établir aucune servitude passive qui diminue sa jouissance (L. 15 §§ 6 et 7; L. 16 *De usuf. et quemad.*) (2); 2° il peut vendre, donner gratuitement ou louer son droit (Inst., § 1, *De us. et hab.*, II, 5). Et ceci n'a rien de contraire au principe général de l'incessibilité des servitudes (n° 264). En effet, l'usufruit reste attaché à sa personne en ce sens qu'il continue de s'éteindre par sa renonciation, par sa mort, par sa *capitis deminutio*, etc., en un mot, de son chef, et que c'est à lui seul qu'appartient l'exercice de l'action *confessoria*. Ce qu'il transfère, ce n'est donc pas le droit réel lui-même, ce n'en est que l'exercice (3).

(1) Je ne m'occupe ici que de la répartition définitive des loyers et fermages entre le nu propriétaire et l'usufruitier. Mais à qui appartiendra le droit de poursuivre le preneur ? Ce sera évidemment à celui qui aura conclu le bail ou à ses héritiers. Toutefois il y a une hypothèse qui demande à être mise à part : si l'on suppose que l'usufruit porte sur un esclave et que cet esclave ait loué lui-même ses *operæ*, il est réputé avoir agi au nom de l'usufruitier pour toute la durée de l'usufruit et au nom du propriétaire pour le temps postérieur. Donc pour les loyers qui ont couru depuis la cessation de l'usufruit, c'est toujours au nu propriétaire que l'action appartiendra (L. 25 § 2, *De usuf. et quemad.* — L. 18 § 3, *De stip. serv.*, XLV, 3).

(2) Si le fonds grevé est riverain d'un cours d'eau, l'usufruitier est sans droit sur les îles qui viennent à s'y former ou sur le lit abandonné, rien de cela n'étant compris dans la substance de la chose considérée au jour de l'ouverture de l'usufruit. Cependant on lui permet de jouir de l'alluvion, à raison du caractère insensible de cet accroissement (L. 9 § 4, *De usuf. et quemad.*).

(3) Tout autre est l'hypothèse où l'usufruitier, se présentant comme propriétaire, aurait consenti une vente, une donation, ou un bail de la chose elle-même. Ici la vente et la donation seraient traitées comme toutes les ventes et donations faites *a non domino*. Quant au bail, les obligations qu'il engendre à la charge de l'usufruitier, au lieu de s'éteindre par sa mort, comme par la perte de la chose louée, se transmettraient à ses héritiers (L. 9 § 1, *Loc. cond.*, XIX, 2).

276. *Obligations de l'usufruitier.* — L'usufruitier est d'abord tenu de ne pas dégrader la chose, puisqu'elle ne lui appartient pas; comme tout détenteur sans cause, il est également tenu de la restituer, une fois l'usufruit éteint. Ces deux obligations, pleinement indépendantes de sa qualité actuelle ou antérieure d'usufruitier, sont garanties l'une par l'action de la loi Aquilia (L. 13 § 2, *De usuf. et quemad.*), l'autre par la *rei vindicatio* (L. 7, *Usuf. quemad. cav.*, VII, 9).

Plus spécialement, la nature de son droit l'astreint 1° à acquitter les impôts, ordinaires ou extraordinaires, qui pèsent sur la propriété plutôt que sur la personne. Car l'usage est de les payer sur le revenu (L. 7 § 2; L. 27 § 3, *De usuf. et quemad.* — L. 28, *De usuf. et red.*, XXXIII, 2); 2° à acquitter, pour le même motif, les pensions alimentaires qui n'ont été imposées au propriétaire qu'en considération du fonds (L. 7 § 2, *De usuf. et quemad.*); 3° à respecter la forme spéciale et la destination de la chose. Par exemple, il lui est interdit de convertir une propriété de pur agrément en propriété de rapport, ou d'installer une auberge dans une maison où les propriétaires avaient coutume d'habiter eux-mêmes (1). Libre à lui du reste de faire tous les embellissements et améliorations qui ne doivent pas transformer la chose, mais cela sans pouvoir ni les enlever ni exiger aucune indemnité (L. 13 §§ 4, 7 et 8; L. 15 pr., *De usuf. et quemad.*). Ces trois obligations nous apparaissent comme la simple condition d'exercice et la limite même du droit de l'usufruitier.

Si l'on s'en fût tenu là, et c'est certainement ce que fit la législation primitive, il est visible 1° que les négligences de l'usufruitier auraient pu ruiner insensiblement la chose, sans que le propriétaire eût aucun moyen ni de prévenir le dommage, puisque ce n'est pas lui qui détient et administre, ni de se faire indemniser, puisque l'usufruitier n'était pas tenu de se montrer vigilant et soigneux; 2° qu'après l'extinction de l'usufruit, le propriétaire n'aurait pu obtenir la restitution de la chose qu'à la condition de prouver, comme tout revendiquant, son droit de propriété. Sans doute, pour parer à ces dangers, le constituant était libre d'imposer à l'usufruitier l'obligation de fournir une double promesse : celle de jouir en bon père de famille, et celle de restituer la chose après l'extinction de son droit. Mais la législation du préteur (2)

(1) L'usufruitier qui violerait cette obligation encourrait la perte de son droit par la *mutatio rei* (L. 12, *Quib. mod. ususf. amitt.*).

(2) Cette intervention du préteur est constatée par la loi 13 § 2, *De usuf. et quem.* (VII, 1).

lui épargna cette prévoyance en rendant ces promesses obligatoires et en exigeant qu'elles fussent garanties par une satisdation qui devint désormais la condition préalable de l'entrée de l'usufruitier en jouissance (L. 13 pr., *De usuf. et quemad.* — L. 1 pr., *Usuf. quemad. cav.*) (1).

La promesse de jouir en bon père de famille rend l'usufruitier responsable de toutes ses négligences, soit qu'elles tendent à dépouiller le propriétaire d'un droit ou seulement à diminuer en fait la valeur de la propriété. Qu'il veille donc désormais à prévenir, et s'il y a lieu, à interrompre l'usucapion; qu'il exerce les servitudes actives qui menaceraient de s'éteindre par le non-usage (L. 1 § 7, *Usuf. quemad.* — L. 15 § 7, *De usuf. et quemad.*); qu'il cultive soigneusement le fonds; qu'il remplace les arbres morts et ceux qu'il prend dans les pépinières; qu'il comble, à l'aide du croît, les vides que la mortalité a pu faire dans le troupeau (§ 38 *sup.* — L. 9 § 6; L. 13 § 2, *De usuf. et quemad.*) (2). Car, manquant à ces obligations, il serait immédiatement soumis, lui et ses fidéjusseurs, à l'action *ex stipulatu* (L. 1 § 5, *Usuf. quemad. cav.*) (3).

Quant à la promesse de restituer, elle donne au propriétaire un double avantage : 1° il n'a pas besoin d'établir son droit de propriété, puisqu'il agit comme créancier; 2° par la même raison, il agit valable-

(1) Supposons que l'usufruitier ait été mis en possession avant d'avoir satisfait aux prescriptions de l'édit. Le propriétaire peut alors revendiquer sa chose, et si l'exception *rei traditæ* lui est opposée, il la paralyse par une réplique. Ulpien va même plus loin : il lui donne une *condictio* pour exiger après coup la promesse et la satisdation, ce qui revient à dire que les obligations qu'elles garantissent sont désormais considérées comme inhérentes au droit d'usufruit (L. 7 pr., *Usufr. quemad. cav.*, VII, 9). Au surplus, il est évident que le nu propriétaire est libre de renoncer à la *satisdatio*. Mais on ne permet pas à un testateur d'en dispenser celui à qui il lègue l'usufruit (L. 7, C., *Ut in poss. leg.*, VI, 54).

(2) Ce que je dis ici suppose que l'usufruit porte sur un troupeau considéré comme universalité, et non pas individuellement sur chacune des bêtes qui le composent. Il y a deux situations à distinguer : 1° au jour de la naissance du croît, le troupeau est au complet. Le croît appartient alors irrévocablement à l'usufruitier. Si donc des vides surviennent plus tard, il les comblera à l'aide du croît postérieur; 2° au jour de la naissance du croît, il y a des vides dans le troupeau. L'usufruitier peut, à son choix, employer les petits à compléter le troupeau, ou les garder pour lui-même en restant débiteur de leur valeur. Tant qu'il ne s'est pas prononcé, la propriété des petits est *in pendenti*. Telles sont, à mes yeux, les solutions qui résultent de la loi 70, *De usuf. et quemad.*

(3) Cette même obligation de jouir en bon père de famille astreint l'usufruitier à faire toutes les réparations d'entretien dont les maisons ou autres bâtiments peuvent avoir besoin. Mais pas plus que le propriétaire il n'est obligé de rétablir les constructions détruites par la vétusté ou par accident (L. 7 § 2, *De usuf.* — L. 9 § 5; L. 18 § 2; L. 20, *De damn. inf.*, XXXIX, 2).

ment contre les héritiers de l'usufruitier, bien qu'ils ne détiennent pas et n'aient jamais détenu la chose, tandis que par la revendication il ne pourrait les poursuivre que comme détenteurs ou à raison de leur dol. — Cette promesse, au surplus, n'autorise l'action *ex stipulatu* qu'après l'extinction de l'usufruit (1).

III. — COMMENT L'USUFRUIT S'ÉTABLIT.

Lib. II, tit. IV, *De usufructu*, § 1. — Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit : ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit, nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum; et contra, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

L'usufruit se sépare de la propriété de plusieurs manières : par exemple, un testateur lègue à quelqu'un l'usufruit, alors la nue propriété appartient à l'héritier et l'usufruit au légataire; ou à l'inverse, le fonds est légué sous la déduction de l'usufruit, ici la nue propriété appartient au légataire, l'usufruit à l'héritier. De même, un testateur peut léguer à une personne l'usufruit, à une autre le fonds sous la déduction de l'usufruit. Que si l'on veut constituer un usufruit sans testament, on peut le faire par pactes et stipulations.

277. Ici, comme en matière de servitudes prédiales, il faut distinguer l'ancien droit civil, le droit prétorien et le droit de Justinien.

Ancien droit civil. — L'usufruit se constitue, soit par *translatio*, soit par *deductio*, à l'aide des mêmes modes et selon les mêmes règles que les servitudes prédiales, sous cette seule réserve qu'il ne saurait être transféré par mancipation (Gaius, II, § 33. — *Fr. Vat.*, § 47). De tous ces modes, le plus fréquemment usité, c'est le legs *per vindicationem* (2). Le testateur peut, nous dit Justinien (§ 1 *sup.*), recourir

(1) La stipulation a pour objet *seulement* ce qui restera de la chose (*quod extabit*), attendu que l'usufruitier, débiteur d'un corps certain, ne répond pas des cas fortuits (L. 1 § 7, *Usuf. quemad. cav.*).

(2) L'usufruit peut aussi faire l'objet d'un legs *per damnationem*, et alors il faut bien que l'héritier recoure, pour le constituer, à un mode entre-vifs (Paul, III, 6 § 17). Que si l'on recherche pourquoi l'usufruit a presque toujours son origine dans un testament, la raison en est simple : comme sa valeur exacte ne se détermine

aux trois combinaisons suivantes : 1° léguer l'usufruit seul, le fonds restant *in hereditate;* 2° léguer le fonds lui-même en déduisant l'usufruit qui devra appartenir à l'héritier; 3° léguer à une personne l'usufruit, à une autre le fonds *deducto usufructu.* Si le testateur n'avait pas formellement exprimé cette réserve, on ne la sous-entendrait pas (1) : on dirait que le second legs comprend naturellement la pleine propriété, et qu'en conséquence l'usufruit ayant été laissé à deux personnes, mais ne pouvant appartenir intégralement à chacune, il y a lieu de le partager entre elles comme toute chose indivise (L. 19, *De us. et usuf. et red.*, XXXIII, 2).

L'usufruit, droit essentiellement temporaire, diffère des servitudes prédiales en ce qu'il comporte aussi bien le terme *ad quem* et la condition *ad quam* que le terme *a quo* et la condition *ex qua.* D'où il suit qu'il peut naître affecté de toute modalité à laquelle ne répugne pas le mode de constitution qu'on emploie. Partant de là, nous arrivons à trois propositions certaines : 1° il est valablement transféré *ad diem* ou *ad conditionem* par un mode quelconque (*Fr. Vat.*, § 48); 2° la translation *ex die* ou *sub conditione* est possible par legs, impossible par *in jure cessio* ou adjudication (*Fr. Vat.*, § 49) (2); 3° par legs il peut être déduit *ad diem* ou *ex die, ad conditionem* ou *ex conditione* (*Fr. Vat.*, § 50) (3).

Droit prétorien. — Les réformes du préteur sont à peu près les mêmes ici qu'en matière de servitudes prédiales (n° 271). Je dois seulement faire remarquer 1° qu'aucun texte de l'époque classique ne constate l'application de la *longi temporis possessio* à l'usu-

qu'au moment où il finit, c'est-à-dire en général à la mort de l'usufruitier, on n'est guère tenté ni de le constituer ni de l'acquérir à titre onéreux, ne sachant quel prix en demander ou en offrir. Quant à l'établir à titre gratuit entre-vifs, on ne le fait pas volontiers, car un donateur aime à savoir ce qu'il donne. Rien d'étonnant après cela si les jurisconsultes, en praticiens peu préoccupés de la méthode, ne traitent guère de l'usufruit qu'à propos des legs (Ulp., Tit. XXIV. — Paul, III, 6).

(1) On la sous-entend au contraire, en matière d'adjudication, sans doute parce qu'il n'est pas présumable que l'état d'indivision résulte d'un acte qui a pour objet de le faire cesser (L. 16 § 1, *Fam. ercisc.*, X, 2).

(2) Si nous trouvons au Digeste une décision toute contraire pour le cas d'adjudication, c'est que le texte a été corrigé par Justinien (L. 16 § 2, *Fam. ercisc.*, X, 2).

(3) Deux questions, d'après Paul (*Fr. Vat.*, § 50), étaient controversées entre les jurisconsultes : 1° la mancipation et l'*in jure cessio* comportent-elles la *deductio ad diem* ou *ad conditionem?* Le doute tenait à ce que dans ces solennités l'acquéreur affirme l'existence actuelle de son droit; or une telle *deductio* a pour effet de démembrer ce droit; il existe bien actuellement, mais il n'est pas plein et entier. Paul

fruit (1); 2° que le droit civil lui-même, bien avant l'introduction de la *quasi possessio*, permettait l'établissement d'un usufruit sur les meubles situés en province (Gaius, II, § 32).

Droit de Justinien. — Ici encore, les règles de l'usufruit se confondent avec celles des servitudes prédiales, si ce n'est que nous rencontrons un cas d'usufruit légal, celui du père sur les biens adventices de son fils (n° 298).

278. Reste à résoudre une difficulté commune aux servitudes prédiales et à l'usufruit. On croirait, à lire isolément les Institutes (§ 1 *sup.* § 4, *De servit.*), que ces différents droits peuvent, au moins sous Justinien, s'établir par pactes et stipulations. Or ce serait là une dérogation considérable et peu justifiée à la distinction fondamentale que les Romains ont toujours faite entre la transmission des droits réels et la création des obligations (L. 3 pr., *De obl. et act.*, XLIV,7. — L. 20, C., *De pact.*, II, 3). Voici d'abord, d'après Théophile (sur le § 4, *De servit.*), en quoi consiste le procédé indiqué par les Institutes : Vous voulez me donner, soit l'usufruit de votre fonds, soit le droit d'y passer ou d'y conduire de l'eau. Avant tout, il s'agit de régler avec une grande précision de détails, la nature, l'étendue et les diverses conditions d'exercice du droit. Pour cela nous nous contentons d'un pacte qui ne vous oblige à rien et ne me donne aucune action (L. 7 § 4, *De pact.*, II, 14). Cela fait, je stipule de vous le payement d'une certaine

cependant résout la question par l'affirmative et avec raison; car la *deductio* pure et simple de l'usufruit est admise sans difficulté, et pourtant elle a bien pour effet de restreindre dès à présent le droit de propriété pour un temps plus ou moins long; 2° la mancipation et l'*in jure cessio* comportent-elles la *deductio ex die* ou *ex conditione?* En admettant la validité d'une telle convention, l'usufruit ne serait pas véritablement retenu, il ne pourrait que se détacher après coup d'une propriété qui d'abord aurait été acquise tout entière. Cette raison de douter put paraître assez forte à des esprits formalistes, et l'on remarquera qu'en effet Paul se borne ici à constater la divergence et ne se prononce pas.

(1) Cependant Justinien, qui consacre formellement l'acquisition de l'usufruit par la *longi temporis possessio*, ne paraît pas innover (L. 12 § 4, C., *De præscr. long. temp.*, VII, 33). Le défaut de textes s'explique d'ailleurs par le médiocre intérêt que présente ici la *longi temporis possessio*, le quasi-possesseur pouvant facilement mourir avant l'accomplissement des dix ou des vingt ans, et le caractère personnel du droit d'usufruit excluant toute application de l'*accessio possessionum*. Je ferai remarquer, en outre, que la *longi temporis præscriptio* était certainement soumise ici aux mêmes règles que lorsqu'elle tendait à faire acquérir la propriété. La *justa causa* devait donc être prouvée, et si l'on se montre par là plus sévère en cette matière que pour les servitudes prédiales, cela tient à ce que, comme je l'ai déjà dit, les servitudes prédiales sont d'une utilité incontestable à l'agriculture, tandis que l'usufruit lui est plutôt nuisible.

somme (*pœna*) pour le cas où vous mettriez obstacle à l'exercice du droit convenu. Désormais vous voilà obligé, et vous ne pourriez manquer à l'observation du pacte qu'en vous exposant à l'action *ex stipulatu*, action personnelle par laquelle je vous demanderais l'acquittement de la somme fixée. Mais faut-il admettre que dès à présent le droit réel soit constitué comme si j'avais reçu la quasi-tradition, et qu'en conséquence je puisse, au lieu d'agir comme simple créancier, intenter l'action *confessoire?* Le principal intérêt pratique de la question est facile à saisir : si mon droit est réel, aucune aliénation ne peut désormais le compromettre, et de même qu'il se transmet à mes acquéreurs particuliers, de même il grève ceux du promettant. Ne suis-je, au contraire, que créancier : si j'aliène mon fonds, la stipulation s'évanouit. Si c'est vous promettant qui aliénez, vous rendez l'exécution de votre obligation impossible et vous encourez le payement de la peine, à moins d'avoir imposé à votre acquéreur, par une clause expresse, le respect de mon droit.

Pour dégager la pensée de Justinien, il convient de jeter un coup d'œil sur le droit classique. Trois textes vont nous montrer quelle était en cette matière la fonction ordinaire du procédé que je viens de décrire : 1° Africain (L. 33 § 1, *De serv. præd. rust.*), supposant un *jus aquæductus* établi sur plusieurs fonds qui appartiennent à des propriétaires différents, se demande comment le propriétaire du fonds dominant devra s'y prendre, s'il veut céder à un tiers le droit de puiser à son aqueduc. Et en effet, une telle cession faite à l'un des propriétaires asservis est nulle à raison de la règle *Nemini res sua servit;* faite à tout autre voisin, elle est nulle aussi à raison de la règle *Servitus servitutis esse non potest.* Pour éluder ces obstacles, c'est aux pactes et aux stipulations qu'il faudra recourir; 2° un propriétaire, ayant deux fonds situés aux bords de la mer, en vend un et veut interdire à son acheteur la faculté de pêcher en regard de l'autre. Ulpien (L. 13 pr., *Comm. præd.*) remarque que, la mer étant ouverte à tout le monde par sa nature même de chose commune, l'établissement d'une pareille servitude est impossible (1), mais il reconnaît que le vendeur arrivera à ses fins par des pactes et des stipulations; 3° Gaius (II, § 31), constatant que le droit civil n'admet l'établissement d'aucune espèce de servitudes sur les fonds provinciaux, indique les pactes

(1) L'impossibilité tient encore à un autre motif : c'est que l'avantage dont il s'agit ici ne peut pas profiter à un fonds.

et stipulations comme un biais dont on use pour tourner la difficulté et se procurer un équivalent de ces droits (1). Que conclure de ces décisions? Les deux premières prouvent qu'à l'époque classique les pactes et stipulations s'employaient dans les cas où le droit que les parties se proposaient de créer ne pouvait absolument pas être établi comme droit réel, mais où rien n'empêchait qu'il ne fît la matière d'une obligation. Quant à la dernière décision, elle nous montre que les parties étaient libres de recourir à ce même procédé là où la constitution d'une servitude était admise ou par le droit civil ou par le droit prétorien; mais pourquoi aurait-il eu plus de force dans cette hypothèse que dans la précédente? et pourquoi, contrairement à l'effet ordinaire des conventions et des contrats, aurait-il donné naissance à un droit réel? Il faut donc décider que, tant qu'il n'y avait pas eu quasi-tradition, la servitude n'était que due et non pas constituée (2).

Maintenant, Justinien, rompant avec tous les précédents, entend-il attribuer un effet plus énergique aux pactes et stipulations? Veut-il que le droit réel d'usufruit ou de servitude en naisse immédiatement et avant toute quasi-tradition? S'il en est ainsi, cet empereur, qui d'ordinaire expose ses innovations avec une emphase prolixe et une extrême complaisance d'admiration pour lui-même, serait ici merveilleux de sobriété et de modestie. Pas une constitution, pas le moindre remaniement au Digeste! Deux simples lignes des Institutes! Est-il croyable que cela lui eût suffi pour nous aviser d'un si complet renversement des principes anciens? J'estime donc que Justinien n'a fait que copier Gaius (II, § 31) maladroitement et sans aucune vue de réforme; que trouvant trois procédés indiqués par ce jurisconsulte, savoir pour les fonds italiques la mancipation et l'*in jure cessio*, pour les fonds provinciaux les pactes et stipulations, considérant que les deux premiers avaient disparu et qu'il n'y avait plus de différence entre le sol provincial et le sol italique, il a cru devoir mentionner purement et simplement les pactes et stipulations; et il l'a fait, préoccupé de cette seule idée que c'était là un procédé non abrogé et applicable partout, mais ne songeant pas plus à leur attribuer l'effet de la quasi-tradition qu'à

(1) Ce biais fut sans doute imaginé avant que l'on eût admis la quasi-possession et la quasi-tradition des servitudes.

(2) Dans le cas particulier où il s'agit d'une servitude négative, la divergence des deux doctrines me paraît dépourvue de signification pratique. En effet, la quasi-tradition doit ici être réputée faite à l'instant même de la convention. Elle résulte du consentement donné au maintien de l'état de choses actuel.

prévenir la fausse interprétation que devait nécessairement provoquer cette reproduction mutilée de Gaius (1).

IV. — COMMENT L'USUFRUIT S'ÉTEINT.

Lib. II, tit. IV, *De usufructu*, § 1, suite. — Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, placuit certis modis exstingui usumfructum et ad proprietatem reverti (Gaius, L. 3 § 2, *De usuf. et quemad.*, VII, 1).

Pourtant, afin de ne pas rendre la propriété inutile en en laissant l'usufruit séparé à perpétuité, on a admis certains modes d'éteindre l'usufruit et de le faire retourner à la propriété.

§ 3. — Finitur autem ususfructus morte fructuarii, et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus : quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo

L'usufruit finit par la mort de l'usufruitier, par la grande et la moyenne *capitis deminutio*, et par le non-usage selon le mode et pendant le temps fixé; tous points réglés par notre constitution. De même, l'usufruit finit, si l'usufruitier le cède au propriétaire, car, en

(1) Parmi ceux qui croient que dans le droit de Justinien les pactes et stipulations suffisent à créer la servitude comme droit réel, il y en a qui prétendent que telle était déjà la doctrine classique. On fait remarquer en ce sens que le passage de Gaius (II, § 31) qui a fourni les deux textes controversés des Institutes emploie le mot *constituere*, et que ce mot serait certainement impropre s'il ne s'agissait que de faire naître une créance ayant pour objet la constitution du droit réel. Mais à cet argument Gaius lui-même fournit une réponse décisive; car, parlant ailleurs (L. 3 pr., *De usuf. et quemad.*) d'un usufruit légué *per damnationem*, il emploie également le mot *constituere*, et néanmoins il a soin d'expliquer que le droit réel n'existera qu'après la quasi-tradition. Son langage est donc un peu inexact, et la même inexactitude se rencontre chez d'autres jurisconsultes (L. 1 §§ 1 et 3, *Quib. mod. ususf. amitt.*). Vainement aussi allègue-t-on qu'Ulpien (L. 27 § 4, *De usuf. et quemad.*) impose à l'usufruitier l'obligation de subir l'exercice des servitudes simplement stipulées à la charge du fonds dont il jouit : cette décision, formulée d'ailleurs en des termes qui permettent de douter qu'elle fût généralement reçue, pourrait s'expliquer par l'obligation qui incombe à l'usufruitier de jouir de la chose selon sa destination. Enfin, à l'appui du système que je combats, on argumente de ce que l'hypothèque se constitue par une simple convention. Mais rien ne prouve que ce qui est vrai de l'hypothèque le soit aussi de tous les droits réels prétoriens. — J'ajoute que si les pactes suivis d'une stipulation pénale avaient pour effet de créer la servitude, le même effet devrait être attaché à la stipulation qui aurait pour objet direct la servitude elle-même au lieu d'une peine. Or, c'est ce qui n'est pas admis : Paul oppose très-nettement la servitude constituée à la servitude stipulée, et il déclare que, le stipulant venant à aliéner son fonds, la stipulation s'évanouit (L. 136 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1).

nihil agit; vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio (1) appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu aut vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne areæ quidem usumfructum deberi.

le cédant à un étranger, il fait un acte nul; ou à l'inverse, si l'usufruitier acquiert la propriété de la chose, ce qui s'appelle consolidation. De plus, il est certain que si l'édifice est consumé par un incendie, renversé par un tremblement de terre, ou détruit par un vice de construction, l'usufruit s'éteint et ne subsiste pas même sur le sol.

§ 4. — Quum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

Mais une fois l'usufruit fini, il retourne à la propriété, et dès lors le nu propriétaire commence à avoir plein pouvoir sur sa chose.

279. Paul (III, 6 §§ 28 à 33) compte sept modes d'extinction de l'usufruit (2) :

1° Le *décès du titulaire*, cause d'extinction tellement inhérente à ce droit qu'il n'y a ni convention ni disposition testamentaire qui puisse le rendre transmissible aux héritiers (3). — En supposant l'usufruit acquis à un père de famille ou à un maître par l'intermédiaire de son fils ou de son esclave, quelle est de ces deux personnes celle dont la mort déterminera l'extinction du droit? Les jurisconsultes distinguaient entre l'usufruit acquis entre-vifs et l'usufruit acquis par testament (4) : dans le premier cas, ils s'attachaient à la mort du père ou du maître, car il aurait pu acquérir le droit par lui-même; dans le second cas, à la mort du fils ou de l'esclave, car le legs est toujours réputé fait *intuitu personæ* (*Fr. Vat.*, § 57). Justinien supprima cette distinction et en intro-

(1) Mot dérivé de l'adjectif *solidus* (entier).

(2) A ces sept modes on ajoutera la résolution du droit du constituant, déjà expliquée à propos des servitudes prédiales (n° 272). Elle a peu d'importance pratique, et c'est pourquoi sans doute Paul la néglige.

(3) Toutefois l'usufruit peut, sans difficulté, être légué à Primus d'abord, puis pour l'époque de son décès, à ses héritiers (L. 5 pr., *Quib. mod. ususf. amitt.*). Et il n'y a pas là un seul legs d'usufruit qui serait transmissible aux héritiers du premier titulaire, mais bien deux legs, d'où la conséquence que pour bénéficier de la disposition les héritiers de Primus doivent être vivants et capables au jour de la confection du testament. Cette hypothèse est tout à fait semblable à celle d'un usufruit qui serait légué à Primus d'abord, et, pour l'époque de sa mort, à Secundus (L. 39 § 5, *De evict.*, XXI, 2).

(4) A ce point de vue on répute acquis par testament l'usufruit qui a été constitué par un mode entre-vifs en exécution d'un legs *per damnationem*.

duisit une autre : l'usufruit acquis par un esclave dut toujours s'éteindre par la mort du maître; acquis à un père par son fils, il ne dut s'éteindre que par la mort du survivant (L. 17, C., *De usuf.*, III, 33).

2° *L'arrivée du terme.* — Le terme marque seulement la durée que l'usufruit ne dépassera pas; il perd donc son application par la mort anticipée de l'usufruitier. Ce mode d'extinction appelle deux observations : 1° l'usufruit laissé à une cité ou à une personne morale quelconque s'éteint non-seulement par l'anéantissement de cette personne (L. 21, *Quib. mod. usuf. amitt.*, VII, 4), mais par un laps de cent ans (L. 56, *De usuf. et quemad.*) (1). On a dû sous-entendre ce terme, parce que l'existence des personnes morales n'étant pas enfermée dans les bornes étroites d'une vie d'homme, la propriété fût souvent devenue inutile par la prolongation indéfinie de l'usufruit (2); 2° Justinien (L. 12 pr., C., *De usuf.*) prévoit l'hypothèse suivante : un usufruit établi au profit de Primus doit, aux termes de la convention ou du testament, durer jusqu'à ce que Titius ait atteint l'âge de trente ans. Si donc Titius meurt à vingt-cinq ans, l'usufruit s'éteint-il immédiatement, ou peut-il se prolonger encore cinq ans? C'est à cette dernière solution que l'empereur s'arrête, considérant que l'âge indiqué a servi de mesure à la durée du droit plutôt que l'existence même du droit n'a été subordonnée à la vie de Titius (3).

3° La *capitis deminutio* encourue par l'usufruitier (4). — On a déjà vu (n°s 182 et 184) pourquoi l'ancien droit reconnaissait à toute *capitis deminutio* la puissance d'éteindre l'usufruit, et comment Justinien,

(1) Un texte de Macer paraît dire que d'après Ulpien un tel usufruit ne durait que trente ans (L. 68 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2). Mais ce n'est là qu'une apparence. Ce texte ne vise pas spécialement l'usufruit laissé à une cité. Et si l'on considère qu'il est tiré d'un ouvrage relatif à l'impôt sur les successions (*vicesima*, n° 414), on croira facilement qu'il a trait à la question suivante : comment faut-il évaluer la durée de l'usufruit à l'effet de déterminer la contribution du légataire à la *vicesima?* Or l'évaluation se fait diversement selon l'âge du légataire, mais elle ne se fait jamais sur une durée de plus de trente ans. Peut-être suivait-on le même mode d'évaluation lorsqu'il s'agissait d'appliquer la loi Falcidia au legs d'usufruit.

(2) Ce motif avait d'abord suscité des doutes sur la validité du legs d'usufruit adressé à une personne morale (L. 56, *De usuf.*).

(3) La mort de l'usufruitier et le terme sont les deux modes réguliers d'extinction de l'usufruit. Les autres ont quelque chose d'imprévu. Paul (III, 6 §§ 28 et 33) accuse finement cette différence en disant, à propos des deux premiers modes, *finitur usufructus;* à propos des cinq autres, *amittitur.*

(4) Le testateur peut exprimer que le legs d'usufruit survivra à toute *capitis deminutio* et durera, quoi qu'il arrive, jusqu'à la mort du légataire. Dans ce cas il y a véritablement pluralité de legs (L. 62 § 2, *De evict.*, XXI, 2).

brisant l'artifice de cette théorie, ne laissa plus cet effet qu'à la *maxima* et à la *media* (§ 3 *sup.* — L. 16 § 2, C., *De usuf.*). Si nous supposons l'usufruit acquis à un père de famille par son fils, ou à un maître par son esclave, deux questions se rencontrent tout à fait analogues à celle que nous avons vue naître à propos du décès de ces personnes. Aussi reçurent-elles les mêmes solutions et subirent-elles les mêmes vicissitudes. Voici ces questions : 1° Est-ce la *capitis deminutio* du père ou celle du fils qui éteint l'usufruit? 2° Est-ce à la *capitis deminutio* du maître qu'il faut s'attacher, ou au contraire à l'aliénation ou à l'affranchissement de l'esclave? Car ce sont là les événements qui remplacent à son égard la *capitis deminutio*.

4° La *renonciation ou remise* faite au nu propriétaire. — Pour opérer *ipso jure*, elle doit être consentie par voie d'*in jure cessio* (Gaius, II, § 30) (1); sinon, elle ne serait garantie que par une exception (L. 4 § 12, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4).

5° Le non-usage d'un an pour les meubles et de deux ans pour les immeubles (Paul, III, 6 § 30). — Justinien remplaça ces délais par celui de trois ans pour les meubles, pour les immeubles par celui de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents (L. 16, C., *De usuf.*) (2). Au surplus, l'extinction est empêchée par tout acte de jouissance émané d'une tierce personne qui agit avec ou sans mandat, mais au nom de l'usufruitier (L. 38, *De usuf. et quemad.*). Et elle devient impossible, s'il vend ou loue l'exercice de son droit, le prix qu'il touche étant censé représenter une jouissance continue (LL. 38 et 39,

(1) Selon Pomponius (L. 66, *De jur. dot.*, XXIII, 3), l'*in jure cessio* consentie à un tiers emporterait aussi extinction du droit. Voici son raisonnement : l'usufruitier a voulu deux choses, se dessaisir et investir le tiers. Or rien ne s'oppose à l'obtention du premier résultat, mais le principe de l'incessibilité des servitudes met obstacle au second. Donc l'usufruit va rejoindre la nue propriété. Gaius, au contraire, prenant l'intention du cédant dans son ensemble au lieu de la décomposer, décide plus raisonnablement que tout est nul et que l'usufruit ne s'éteint pas. Cette controverse n'a rien d'étonnant : nous en avons rencontré une toute semblable en matière de possession (page 514, note 1), et nous verrons plus tard (n° 473), relativement à l'*in jure cessio* d'une hérédité, les jurisconsultes s'accorder tous sur une solution tout à fait analogue à celle que Pomponius donne ici. Reste à savoir ce que Justinien (§ 3 *sup.*) a voulu signifier en disant, avec Gaius, que la cession faite à un tiers est nulle. Ce n'est plus en effet de l'*in jure cessio* qu'il parle, et sans doute il n'entend pas dénier à l'usufruitier la faculté de céder l'exercice de son droit. Sa pensée se réduit donc à cette naïveté : l'usufruitier ne peut transmettre à un tiers que le droit qui lui appartient à lui-même.

(2) La distinction entre présents et absents mérite ici la même critique qu'en matière d'extinction des servitudes prédiales par le non-usage (n° 270).

De usuf.). La donation produirait-elle le même effet? C'est un point sur lequel le Digeste nous présente les deux solutions opposées (L. 12 § 2; L. 40, *De usuf.*) (1).

6° La consolidation, ou acquisition de la nue propriété par l'usufruitier. — Ce mode nous offre, comme la confusion en matière de servitudes prédiales, une application de la règle *Nulli res sua servit;* mais, à raison de la divisibilité du droit d'usufruit, on conçoit très-bien ici la possibilité d'une extinction partielle, si l'usufruitier n'acquiert que la copropriété du bien (2).

7° La *mutatio rei*, c'est-à-dire tout événement qui détruit la chose ou qui la transforme de manière à lui ôter sa destination et son nom. Par exemple, l'usufruit porte sur une maison et elle tombe, ou bien il

(1) On a soutenu que sous Justinien l'usufruit ne s'éteint plus par le non-usage : il faudrait de plus, a-t-on dit, que pendant toute la durée du délai le propriétaire eût joui de sa chose avec toutes les conditions requises pour usucaper la propriété elle-même, ce qui implique, chose presque impossible, que l'usufruit lui aurait été cédé ou vendu par un tiers qu'il croyait usufruitier ou propriétaire. Cette doctrine, qu'on fonde sur un lambeau de phrase du Code (*Nisi talis exceptio*, etc., L. 16 § 1, *De usuf.*, III, 33), et à laquelle on veut qu'il soit fait allusion par les Institutes (§ 3 *sup.*, *per modum*), tombe devant un simple rapprochement de dates. La constitution dont on s'autorise est de l'année 530; or, dans une constitution de l'année 531 (L. 13, C., *De servit.*), Justinien parle encore de la perte de l'usufruit par le non-usage. Il est donc bien certain que la phrase relevée dans le Code ne vise que l'assimilation du non-usage à l'usucapion en ce qui concerne le laps de temps. Quant aux deux mots des Institutes, ils font allusion à la nécessité, pour l'usufruitier qui veut conserver son droit, de jouir selon le mode déterminé par son titre. Si, par exemple, croyant n'être qu'usager, il n'exerce que le *jus utendi*, il perdra son *jus fruendi* (L. 20, *Quib. mod. ususf. amitt.*).

(2) L'usufruit revit si la cause juridique qui a produit la consolidation cesse plus tard avec effet rétroactif, si par exemple le testament qui léguait la nue propriété à l'usufruitier vient à être rescindé comme inofficieux (L. 57 pr., *De usuf. et quemad.*). Cette rétroactivité manquant, la consolidation conserve son effet, quoi qu'il arrive. Ainsi l'usufruitier, ayant succédé au nu propriétaire à titre d'héritier, se voit plus tard écarté comme indigne, ou bien il restitue l'hérédité *ex Trebelliano senatusconsulto;* son droit ne revit pas, car dans l'une et l'autre hypothèse il conserve le titre d'héritier; mais dans la seconde il peut ne restituer que sous la condition qu'un nouvel usufruit lui sera constitué (L. 8, *De his quæ ut ind.*, XXXIV, 9. — L. 59 pr., *Ad. sct. Trebell.*, XXXVI, 1). Dans le même ordre d'idées, Julien (L. 17, *Quib. mod. ususf. amitt.*) cite et résout une hypothèse curieuse : par un legs pur et simple un testateur a laissé l'usufruit de son fonds à Séius, et il en a légué la nue propriété sous condition à Titius. *Pendente conditione*, l'usufruitier acquiert la nue propriété et perd ainsi son droit. Si plus tard la condition se réalise, l'usufruit demeure éteint et Titius peut revendiquer la pleine propriété. On remarquera que cette décision, plus subtile que raisonnable, suppose admise la doctrine sabinienne relativement à la propriété de la chose léguée *sub conditione* (n° 379). — Ces principes doivent être appliqués à la confusion des servitudes prédiales.

porte sur un terrain nu et l'on y élève une construction; de même un bois est converti en terre labourable ou un lingot d'or en objet d'art; dans tous ces cas la matière subsiste sans doute, mais elle a perdu la forme sous laquelle elle avait été soumise à l'usufruit, ce droit s'éteint donc (L. 5 § 3; L. 10 §§ 1 à 8, *Quib. mod. ususf. amitt.* — L. 9 pr., *Si serv. vind.*, VIII, 5) (1). Il s'éteint d'une façon tellement absolue que l'usufruit ne porte pas même sur les restes de la chose, par exemple sur les décombres de la maison ou sur les cuirs des animaux morts (L. 5 § 2; L. 30, *Quib. mod. ususf. amitt.*) (2).

A. Il est remarquable qu'à l'exception du non-usage ces divers modes d'extinction s'appliquent aussi bien à l'usufruit simplement dû qu'à l'usufruit déjà constitué (*Fr. Vat.*, § 46). Cependant, pour renoncer à une créance d'usufruit, ce n'est pas à l'*in jure cessio* qu'il faut recourir, mais à un mode d'extinction des obligations.

V. — DU QUASI-USUFRUIT.

Lib. II, tit. IV, *De usufructu*, § 2. — Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et in ædibus, verum etiam in servis et jumentis cæterisque rebus, exceptis iis quæ ipso usu consumuntur; nam hæ res neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, oleum, fru-

Mais l'usufruit se constitue non-seulement sur un fonds et sur une maison, mais aussi sur des esclaves, sur des bêtes de somme, et sur toutes autres choses, excepté celles qui se consomment par le premier usage; car de telles choses ne comportent d'usufruit ni d'après la raison naturelle ni d'après les prin-

(1) Des difficultés de fait peuvent se présenter ici : par exemple, l'usufruit d'un troupeau considéré comme universalité s'éteint par la perte du troupeau (L. 31, *Quib. mod. ususf. amitt.*). Mais combien faut-il de têtes de bétail pour former un troupeau, et, par conséquent, combien faut-il qu'il en reste pour laisser subsister l'usufruit? De même, la perte ou la transformation n'éteint le droit qu'autant qu'elle porte sur la chose principale, et non pas simplement sur les accessoires (L. 8, *Quib. mod. ususf. amitt.*). Mais qu'est-ce qui est le principal, et qu'est-ce qui est l'accessoire?

(2) Le rétablissement de la chose dans son état antérieur ne rend pas la vie à l'usufruit (L. 10 § 7, *Quib. mod. ususf. amitt.*). Cependant si le sol grevé a été occupé par les eaux de la mer ou d'un fleuve, ou qu'un tiers y ait élevé une construction, les textes décident que le retrait des eaux ou la démolition dans le délai de deux ans rétabliront l'usufruit (L. 71, *De usuf.* — L. 23, *Quib. mod. ususf. amitt.*). Cela tient sans doute à ce qu'il n'y a pas ici une transformation vraiment définitive : il y a seulement un obstacle à l'exercice du droit, et dès lors, au lieu de s'éteindre immédiatement, il ne périt que par le non-usage.

mentum, vestimenta (1) : quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodam modo exstinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utilitêr caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario ut ejus fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Ceteræ quoque res ita traduntur legatario ut ejus fiant, sed æstimatis his satisdatur ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

cipes du droit civil. A cette catégorie appartiennent le vin, l'huile, le froment, les vêtements; auxquels ressemble l'argent monnayé, car il se consomme en quelque sorte par l'usage dans les échanges de tous les jours. Mais pour des raisons d'utilité, le sénat a décidé que sur ces choses ellesmêmes un usufruit pourrait être établi, sous la condition de fournir à ce titre une caution efficace à l'héritier. C'est pourquoi, en supposant que l'usufruit d'une somme d'argent ait été légué, cet argent est donné au légataire de manière à devenir sa propriété, mais le légataire doit garantir avec satisdation que, venant à mourir ou à subir une *capitis deminutio*, il restituera une somme d'argent égale. Les autres choses sont aussi livrées au légataire de manière à devenir sa propriété; mais on les estime, et il promet avec satisdation que, s'il meurt, ou subit une *capitis deminutio*, la valeur estimative sera restituée. Le sénat n'a donc pas créé un usufruit sur ces choses, car il ne le pouvait pas, mais grâce à la promesse exigée, il a établi comme un usufruit.

280. Comme on l'a déjà vu (n° 274), le droit civil, d'accord en cela avec la raison et la nécessité des faits, n'admettait pas d'usufruit sur les choses qui se consomment par le premier usage. De là deux inconvénients : 1° lorsqu'un testateur avait légué l'usufruit de tous ses biens, le legs, contrairement à sa volonté, excluait néanmoins l'argent, les provisions de bouche et autres objets de consommation (Cic.,

(1) D'autres textes rangent les vêtements parmi les objets qui comportent un véritable usufruit (L. 15 § 4, *De usuf.* — L. 9 § 3, *Usuf. quemad. cav.*). Selon toute probabilité, il n'y a ici qu'une question d'intention.

Top., 3); 2° le testateur dont la fortune consistait tout entière en objets de cette nature ne pouvait laisser utilement aucun legs d'usufruit. — Ces inconvénients devinrent beaucoup plus sensibles lorsque les lois caducaires eurent décidé qu'un conjoint ne pourrait plus à ce titre, et sauf certaines circonstances particulières, recevoir de son conjoint qu'un dixième en pleine propriété et un tiers en usufruit (Ulp., XV et XVI § 1). Aussi cet état de choses fut-il corrigé d'assez bonne heure par un sénatus-consulte qui remonte au règne d'Auguste ou de Tibère (1). Sans doute le sénat ne créa pas un véritable usufruit sur les objets de consommation, la nature des choses, plus puissante que lui, s'y opposait, mais il créa un droit semblable à l'usufruit (§ 2, *sup.* — L. 2, *De usuf. ear. rer.*, VII, 5).

Supposons donc qu'un testateur ait légué à Titius l'usufruit ou l'usage d'une somme d'argent (2). Le droit de Titius consistera à exiger que la somme lui soit livrée en pleine propriété et pour en avoir l'absolue disposition; mais comme le testateur n'a pas entendu en dépouiller à perpétuité son héritier, celui-ci stipulera de Titius la restitution d'une somme égale (3). Nous trouvons donc ici, au lieu d'un nu propriétaire, un créancier; au lieu d'un usufruitier, un propriétaire qui devient débiteur de la valeur reçue. Mais à quelle époque ce débiteur fera-t-il la restitution? précisément, et c'est là ce qui justifie l'expression de quasi-usufruit, à l'époque où son droit finirait si c'était vraiment un usufruit, c'est-à-dire à sa mort, ou même plus tôt si elle est devancée par une *capitis deminutio*. C'est ce qu'exprime la formule même de la stipulation (2 *sup.* — L. 9 et 10 pr., *De usuf. ear. rer.* — L. 7 § 1, *Usuf. quemad.*) (4).

(1) Ce qui fixe approximativement la date du sénatus-consulte, c'est que Sabinus le commenta, ainsi que le prouve l'*inscriptio* de plusieurs fragments du Digeste (LL. 1, 3, 5, 11, *De usuf. ear. rer.*). On peut conjecturer, du reste, que le sénat ne fit que consacrer et organiser une pratique déjà admise. Car on trouve dans Cicéron (*pro Cecina*, 4) un legs ayant pour objet l'usufruit d'un patrimoine entier, et il ne le présente pas comme inefficace.

(2) Les textes font remarquer qu'en cette matière l'usufruit et l'usage se confondent absolument (L. 5 § 2; L. 10 § 1, *De usuf. ear. rer.*). Au surplus, le quasi-usufruit peut être établi même entre-vifs; si donc le sénatus-consulte ne se réfère qu'au legs, c'est seulement comme au cas le plus pratique.

(3) J'ai supposé que le créancier est l'héritier du constituant; c'est le cas ordinaire, mais non pas nécessaire (L. 6, *De usuf. ear. rer.*).

(4) Les textes que je cite disent à tort que le quasi-usufruit ne s'éteint que par ces deux modes. Il est évident que l'arrivée du terme, s'il en a été fixé un, et la renonciation l'éteignent aussi. La renonciation consiste ici dans une restitution anti-

Investi du droit de disposition, le quasi-usufruitier, bien évidemment, ne restitue pas dans leur individualité les objets mêmes qu'il a reçus. S'il s'agit d'argent, il doit une somme égale. S'il s'agit de denrées alimentaires ou autres choses quelconques, il doit une égale quantité de choses de même nature et de même qualité; plus ordinairement, pour éviter toute difficulté, on estime dès le début les choses soumises au quasi-usufruit, et alors la dette a pour objet le montant de l'estimation, comme s'il y avait eu vente (L. 7, *De usuf. ear. rer.*) (1).

L'obligation du quasi-usufruitier portant sur une quantité, et non pas sur des corps certains, il en résulte qu'à la différence d'un usufruitier proprement dit, il supporte toutes les pertes résultant de cas fortuits, et qu'il n'est pas tenu d'agir en bon père de famille. Si donc nous supposons qu'une série de fautes ou de hasards le conduisent à l'insolvabilité, l'action *ex stipulatu* dont il est tenu en vertu de sa promesse n'offrira plus au créancier qu'une ressource illusoire. Aussi le sénatus-consulte exige-t-il que cette promesse soit garantie par un ou plusieurs fidéjusseurs qui, comme lui, pourront être poursuivis après l'extinction du droit (§ 2 *sup.*) (2).

Les Institutes (§ 2 *sup.*) donneraient à croire que le sénatus-consulte se référait en termes formels et exclusifs à l'usufruit des choses de consommation. Mais la vérité est qu'il validait d'une manière générale tout legs d'usufruit portant sur des choses qui font partie d'un patrimoine (L. 1, *De usuf. ear. rer.*). Et si l'on recherche ce que cette formule peut comprendre en dehors de l'application précédemment développée, le voici : le droit civil n'avait pas admis d'usufruit sur les choses incorporelles, les interprètes du sénatus-consulte l'en-

cipée; elle ne pouvait pas être prévue dans la formule de la stipulation, mais certainement le terme devait l'être. Quant au non-usage, à la consolidation et à la *mutatio rei*, par la force des choses ils n'ont aucune application ici.

(1) Les Institutes ont le tort de présenter cette estimation comme constante et obligatoire.

(2) Il est possible que le quasi-usufruitier soit entré en possession sans avoir ni fait la promesse exigée ni fourni les fidéjusseurs. En pareil cas, ces garanties peuvent lui être demandées après coup, et tant que le droit subsiste, par une *condictio incerti;* si le droit est éteint, le créancier intente une *condictio certi* pour obtenir la restitution. Telles sont les décisions d'Ulpien (L. 5 § 1, *De usuf. ear. rer.*). Mais il paraît qu'au lieu d'une *condictio*, d'autres jurisconsultes, dont la doctrine est probablement plus ancienne, donnaient une action *in factum* (L. 10, *De præscr. verb.*, XIX, 5).

tendirent en ce sens qu'un quasi-usufruit pourrait porter même sur les créances ou sur les servitudes rurales (1).

A. *Quasi-usufruit des créances.* — Il faut distinguer ici deux hypothèses : 1° si le quasi-usufruit a été légué au débiteur lui-même, il y trouve deux avantages, suspension du cours des intérêts, droit de conserver le capital jusqu'à sa mort nonobstant l'échéance antérieure du terme. Pratiquement, ces avantages lui sont assurés par une exception de dol qu'il opposera à l'action du créancier. Quant à la restitution, elle consiste dans le payement du capital, s'il est échu au jour où le droit cesse, sinon dans la simple reprise du cours des intérêts; 2° si le quasi-usufruit a été légué à un tiers, c'est à lui qu'appartient désormais le droit de toucher soit les intérêts, soit même le capital qui arriverait à échéance de son vivant. A cette fin, il doit exiger du créancier une *procuratio in rem suam* qui l'autorise à poursuivre le débiteur. Quant à la restitution, il la fera soit par une simple renonciation à cette *procuratio*, soit, s'il a déjà touché le capital, en le comptant au créancier (LL. 3 et 4, *De usuf. ear. rer.*) (2).

A. Quasi-usufruit des servitudes rurales. — L'admission du quasi-usufruit rencontrait ici un obstacle particulier dans la règle *Servitus servitutis esse non potest.* Je crois néanmoins que les jurisconsultes consacrèrent l'effet du legs. Deux procédés sont indiqués dans ce but : 1° l'héritier, propriétaire du fonds dominant, s'engage à laisser le légataire exercer la servitude à sa place, aussi longtemps qu'il vivra; 2° renonçant à son droit de servitude, il obtient du propriétaire du fonds servant que celui-ci en établisse une autre tout à fait semblable au profit du fonds du légataire; puis, à la mort de ce dernier, cette nouvelle servitude doit être éteinte et l'ancienne rétablie (L. 1, *De us. et usuf. et red.*, XXXIII, 2) (3).

(1) Il va de soi que le quasi-usufruitier d'une chose incorporelle est soumis aussi à fournir une promesse personnelle et une satisdation.

(2) Nerva n'admettait pas dans cette seconde hypothèse la validité du legs. Sans doute il s'attachait étroitement à cette idée : le légataire a besoin ici d'agir contre le débiteur pour retirer le bénéfice de son droit; or l'action n'appartient qu'au créancier. Mais ce raisonnement n'était pas acceptable en présence de la jurisprudence qui reconnaissait la possibilité de léguer une créance elle-même et de céder l'exercice d'une action par voie de mandat *in rem suam.*

(3) Habituellement on donne de ce texte une explication tout autre. Il ne s'agirait pas, dit-on, d'un legs d'usufruit portant sur une servitude déjà établie. L'objet du legs serait celui-ci : L'héritier devrait, à son choix, laisser le légataire se comporter, en fait et sa vie durant, comme s'il avait une servitude sur le fonds, ou lui en constituer une véritable sous la condition que la mort du légataire entraî-

De l'ensemble des dispositions du sénatus-consulte résulte une conséquence importante : c'est qu'un legs d'usufruit peut désormais porter sur la totalité ou sur une quote-part de l'hérédité. Les effets de ce legs sont faciles à déterminer : les corps certains seront l'objet d'un véritable usufruit ; les choses de consommation et les créances, d'un quasi-usufruit. Quant au passif, l'usufruitier en supportera les intérêts dans la proportion de sa jouissance (L. 24 pr. ; LL. 37 et 43, *De us. et usuf. et red.*, XXXIII, 2. — L. 69, *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2).

DE L'USAGE, DE L'HABITATION, ET DES *OPERÆ SERVI AUT ANIMALIS.*

Lib. II, tit. v, *De usu et habitatione*, pr. — Iisdem istis modis quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet ; iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit (Gaius, L. 3 § 3, *De usuf.*, VII, 1).

Le simple usage se constitue et s'éteint par les mêmes modes que l'usufruit.

§ 1. — Minus autem scilicet juris est in usu quam in usufructu. Namque is qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur. In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt, impedimento : nec ulli alii jus quod habet aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest ; quum is qui usumfructum habet potest hæc omnia facere (Gaius,

Mais le droit d'usage est moins étendu que l'usufruit. En effet, celui qui n'a que l'usage d'un fonds peut seulement prendre pour son usage quotidien des légumes, des fruits, des fleurs, du foin, du fourrage et du bois. Il peut aussi habiter sur le fonds, mais de manière à ne gêner ni le propriétaire ni ceux qui travaillent à la culture ; et il ne lui est permis ni de louer, ni de vendre, ni de céder gratuitement son droit, tandis que rien de tout cela n'est interdit à l'usufruitier.

nerait l'obligation de l'éteindre. Mais, tel étant le sens du texte, que signifierait donc l'objection tirée de la règle *Servitus servitutis esse non potest?* De plus, mon interprétation explique beaucoup mieux pourquoi le jurisconsulte ne se réfère qu'à des servitudes rurales : ce sont, en effet, les seules qui d'ordinaire puissent convenir à plusieurs fonds. Au contraire, s'il s'agissait d'une servitude à établir sur un fonds de l'héritier, pourquoi cette servitude ne serait-elle pas aussi bien un droit de vue qu'un droit de passage? C'est pourtant ce qu'il faudrait admettre, à moins de soutenir que le texte ne cite des servitudes rurales qu'à titre d'exemples.

L. 11, *De us. et habit.*, VII, 8).

§ 2. — Item is qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum habitet; nec hoc jus ad alium transferre potest, et vix receptum esse videtur ut hospitem ei recipere liceat; sed cum uxore sua liberisque suis, item libertis, necnon aliis liberis personis quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habet; et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare licet.

De même, l'usager d'une maison est réputé avoir seulement le droit de l'habiter lui-même; il ne peut point transférer ce droit à un tiers, et à peine a-t-on admis qu'il pût recevoir un hôte. Mais il peut faire participer à son droit d'habitation sa femme, ses enfants, ses affranchis, et les autres personnes libres qui lui rendent les mêmes services que des esclaves; pareillement, quand l'usage d'une maison appartient à une femme, elle peut l'habiter avec son mari.

§ 3. — Item is ad quem servi usus pertinet, ipse tantummodo operis atque ministerio ejus uti potest : ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est in jumentis.

De même l'usager d'un esclave, lui seul, peut user de ses travaux et de ses services; mais d'aucune façon il ne lui est permis de transférer son droit à un tiers. Il en est de même de l'usager d'une bête de somme.

§ 4. — Sed si pecorum, veluti ovium, usus legatus sit, neque lacte neque agnis neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

Que si le legs d'usage porte sur un troupeau, par exemple sur des brebis, l'usager ne pourra prendre ni lait, ni agneaux, ni laine, parce que ce sont là des fruits. Mais il peut user des troupeaux pour fumer son fonds.

§ 5. — Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus. Quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

Mais lorsqu'un droit d'habitation a été cédé ou constitué d'une manière quelconque, il n'y a là ni usage ni usufruit, mais il y a un droit d'une nature spéciale. Pour des raisons d'utilité pratique, et conformément à l'opinion de Marcellus, nous avons promulgué une décision qui permet aux personnes investies de ce droit, non-seulement d'habiter elles-mêmes, mais de louer à des tiers.

§ 6. — Hæc de servitutibus, et usu-

Qu'il nous suffise d'avoir donné

fructu, et usu et habitatione dixisse sufficiat; de hereditate autem et obligationibus, suis locis proponemus. Exposuimus summatim quibus modis jure gentium res nobis acquiruntur : modo videamus quibus modis legitimo et civili jure acquiruntur.

ces notions sur les servitudes, sur l'usufruit et l'usage; quant à l'hérédité et aux obligations, elles trouveront leur place ailleurs. Nous avons exposé sommairement les modes d'acquérir d'après le droit des gens; voyons maintenant les modes d'acquérir établis par le droit civil.

281. De l'*usage*. — Trois propositions suffiront à préciser la nature et les limites du droit de l'usager :

1° Il a le *jus utendi* dans toute sa plénitude; et en conséquence, qu'il l'exerce ou non, le propriétaire n'est plus du tout admis à user; par exemple, il demanderait vainement à habiter les logements que l'usager n'occupe pas (L. 22 § 1, *De us. et hab.*, VII, 8). Néanmoins, le droit d'usage devant se concilier avec les besoins de l'agriculture, l'usager ne peut ni expulser le fermier ni empêcher le propriétaire de venir sur le fonds aussi souvent que l'exploitation le réclame, même d'y habiter provisoirement à l'époque de la récolte (L. 10 § 4; L. 12 pr., *De us. et hab.*).

2° L'usager n'a que l'*usus sine fructu*, il ne peut donc toucher à aucun produit (L. 2 pr., *De us. et hab.*). Mais on aperçoit tout de suite qu'une application absolue de ce principe rendrait souvent l'usage à peu près inutile, et que, ce droit dérivant ordinairement d'un legs, une telle rigueur s'accorderait mal avec l'habitude constante des jurisconsultes qui est d'interpréter largement les libéralités testamentaires. On admit donc quelques tempéraments. Par exemple, l'usager d'un troupeau usera du fumier pour l'engrais de son champ (§ 4 *sup.*). Ulpien lui accorde même un peu de lait, mais la laine et le croît lui sont absolument refusés (L. 12 § 2, *De us. et hab.*). Que si le droit porte sur un fonds de terre, on lui laisse prendre, pour sa consommation journalière et pour celle des personnes qui vivent avec lui, des légumes, du fruit, des fleurs et autres produits qui n'ont qu'une valeur médiocre (§ 1 *sup.*). Celsus et Ulpien lui donnent aussi de l'huile, du blé et autres céréales, mais sous la condition absolue de les consommer sur place (L. 12 § 1, *De us. et hab.*). Grâce à ces concessions bienveillantes et à toutes celles qui pouvaient résulter de la volonté évidente du constituant (L. 12 § 4; L. 22 pr., *De us. et hab.*), le droit d'usage devint en fait, et contrairement à sa nature, un petit usufruit mesuré sur les besoins du titulaire.

3° L'usager doit exercer son droit lui-même. Néanmoins, on lui permet, quand l'usage porte sur une maison, d'y recevoir son conjoint, ses amis, ses affranchis et toutes les personnes libres ou esclaves qui le servent (§ 2 *sup.*). Mais il lui est défendu de vendre, de louer ou de céder gratuitement l'exercice de son droit. Et c'est là, quand l'usage porte sur une maison, sur un esclave, ou sur toute autre chose qui n'est pas naturellement frugifère, la principale différence qui le sépare de l'usufruit (§§ 1 et 3 *sup.*) (1). Par dérogation à cette rigueur, Ulpien permet à l'usager d'une maison, pourvu qu'il l'habite lui-même, de louer les logements qui lui sont inutiles (L. 4 pr., *De us. et hab.*).

Aux droits de l'usager correspondent les obligations suivantes: 1° promettre d'user en bon père de famille et de restituer la chose à l'extinction de son droit, le tout avec satisdation (L. 5 § 1, *Usuf. quemad. cav.*); 2° ne pas entraver l'exercice des droits du propriétaire (§ 1 *sup.* — L. 15 § 1, *De us. et hab.*); 3° partager avec lui, proportionnellement à la valeur de son droit, les frais d'entretien et les autres charges de l'usufruit, même les supporter seul lorsque la chose est de celles qui ne donnent pas de fruits (L. 18, *De us. et hab.*).

Quant aux modes de constitution et d'extinction du droit d'usage, ce sont exactement les mêmes que pour l'usufruit (pr. *sup.* — N°s 277 à 279). Il faut remarquer cependant que l'usage est indivisible (L. 19, *De us. et hab.*), de sorte qu'à la différence de l'usufruit, il ne peut ni s'établir, ni s'éteindre, ni être demandé en justice pour une simple part indivise (2).

De l'*habitation.* — Il est fort probable que dans le principe le droit d'habitation se confondait avec l'usage d'une maison. Mais peu à peu la jurisprudence le classa à part comme un droit original. Les règles qui le séparent de l'usage sont au nombre de trois : 1° il ne s'éteint ni par le non-usage ni par la *capitis deminutio* (L. 10 pr., *De us. et hab.*); et Modestin (L. 10, *De cap. min.*, IV, 5) en donne cette raison qu'il consiste plutôt en un fait qu'en un droit, ce qui plus clairement signifie qu'il n'était pas reconnu par l'ancien droit civil; 2° pour le même

(1) Une autre différence importante doit être signalée : c'est que l'usager ne peut évidemment pas méconnaître le bail consenti, avant la naissance de son droit, par le propriétaire.

(2) Comment se fait-il que l'usufruit, par cela même qu'il comprend l'*usus*, ne soit pas aussi réputé indivisible? Cela tient sans doute à ce que l'on voit dans le *jus fruendi* le principal droit de l'usufruitier. Or s'il est impossible d'user d'une part indivise d'une chose, l'acquisition d'une part indivise dans les fruits se conçoit sans difficulté.

motif sans doute, la donation entre-vifs d'un droit d'habitation n'est jamais considérée comme absolument *perfecta*, et en conséquence elle ne peut être opposée aux héritiers du donateur, celui-ci étant réputé avoir renoncé à l'exercice personnel de son droit plutôt qu'avoir diminué le droit en lui-même (LL. 27 et 32, *De donat.*, XXXIX, 5); 3° celui qui a le *jus habitandi* peut louer l'exercice de son droit; ainsi décide Justinien qui tranche sur ce point une controverse ancienne (§ 5 *sup.*). Mais la faculté de vendre ou de disposer à titre gratuit lui demeure interdite aussi sévèrement qu'à l'usager (L. 10 pr., *De us. et hab.*) (1).

Des *operæ servi aut animalis* (2). — Quatre différences, indiquées par Papinien (L. 2, *De us. et usuf. et red.*, XXXIII, 2), distinguent ce droit de l'usage : 1° il comporte la faculté de louer; 2° il ne s'éteint ni par le non-usage ni par la *capitis deminutio;* 3° il s'éteint par l'usucapion de la chose; 4° il se transmet aux héritiers. Ces deux dernières décisions donnent à cette servitude un caractère tout à fait anomal (3).

DES DROITS RÉELS PRÉTORIENS.

DE LA PROPRIÉTÉ BONITAIRE.

282. J'ai déjà fait connaître (n° 229) la signification de l'antithèse que nous rencontrons dans le droit classique entre le domaine quiritaire et la propriété bonitaire. S'il y a une chose évidente par elle-même, c'est que cette distinction ne remonte pas aux origines de Rome. Un législateur ne consacre pas systématiquement deux sortes de propriété. Et, en effet, Gaius (II, § 40) atteste de la manière la plus formelle que dans le principe celui qui n'était pas propriétaire *ex jure Qui-*

(1) Les jurisconsultes discutèrent, je ne sais pourquoi, si le droit d'habitation serait viager ou limité à la durée d'un an. La première opinion prévalut (L. 10 § 3. *De us. et hab.*).

(2) Cette servitude, en tant qu'elle porte sur des esclaves, fait l'objet d'un titre spécial au Digeste (*De oper. serv.*, VII, 7). Mais un texte établit qu'elle peut porter également sur un animal quelconque (L. 5 § 3, *Usuf. quem. cav.*).

(3) En dehors des quatre servitudes personnelles que l'on vient d'étudier, les textes nous montrent qu'on peut léguer à une personne le droit de se comporter, sa vie durant, comme si elle avait une servitude prédiale sur un fonds déterminé de l'hérédité. Il y a alors une servitude que nos anciens interprètes appelaient *irregularis*. De telles servitudes me paraissent, quoique ce soit là un point discuté, exiger que leur titulaire possède un fonds voisin du fonds servant (L. 14 § 3, *De alim. leg.*, XXXIV, 1). Sûrement elles ne se transmettent ni aux héritiers ni aux acquéreurs particuliers du fonds qui en profite (L 37, *De serv. præd. rust.*, VIII, 3. — L. 1 § 43, *De aqu. quot.*, XLIII, 20).

ritium ne l'était à aucun titre. La propriété bonitaire fut imaginée, je pense, à l'occasion de l'hypothèse déjà expliquée d'une chose *mancipi* qui avait été simplement livrée par le propriétaire. Puisque le *tradens* conservait ici son droit de propriété *ex jure Quiritium*, la revendication lui restait ouverte jusqu'à ce que l'usucapion fût accomplie. Il évinçait donc à volonté son acquéreur, et cela impunément lorsque la tradition n'avait pas été faite en exécution d'une obligation antérieure, par exemple lorsqu'elle avait eu pour but de réaliser un pacte de donation ou de former un échange. Si au contraire elle avait été déterminée par la nécessité d'exécuter un legs, une vente, une promesse, ou plus généralement d'éteindre une obligation quelconque, l'acquéreur évincé reprenait l'exercice de sa créance contre le *tradens*, car elle n'avait pas été éteinte *ipso jure :* tel était le droit civil. Mais on trouva dur et inique que le *tradens*, revenant sur l'exécution libre de sa propre volonté, dépouillât celui que lui-même avait nanti. C'est pourquoi le préteur assura, par la création de l'action publicienne et de l'exception *rei venditæ et traditæ*, l'accomplissement de l'usucapion qui jusque-là dépendait du bon vouloir du *tradens*. En agissant ainsi, il allait sans doute au delà du droit civil, il le contrariait même; et néanmoins il s'en inspirait encore, puisque c'est dans le droit civil que l'acquéreur trouvait le fondement et les conditions de son usucapion (1).

La propriété bonitaire ainsi créée constitua un droit réel *sui generis* : ce fut un démembrement considérable, ou, si l'on aime mieux, une seconde forme de la propriété (Gaius, II, § 40) (2). Et cette forme nou-

(1) En attribuant au préteur la création de la propriété bonitaire, je me conforme à une opinion générale qui ne s'appuie, il est vrai, sur aucun texte formel, mais qu'il est néanmoins facile de justifier. D'une part, en effet, les voies de procédure qui protégent cette propriété, savoir l'action publicienne et l'exception *rei venditæ et traditæ*, sont certainement d'origine prétorienne. D'autre part, il y a identité évidente entre la situation du propriétaire qui affranchit son esclave sans solennités et celle du propriétaire qui se borne à livrer une *res mancipi :* dans les deux cas, en effet, il retient son droit de propriété et la législation primitive lui permettait de ressaisir en fait sa puissance dominicale aussi bien que de reprendre la possession de sa chose. Or bien avant que la loi Junia Norbana eût assuré en droit la liberté des esclaves affranchis sans formes, qui est-ce qui les protégeait en fait? Le préteur; les textes sont formels sur ce point (n° 62). Quoi donc de plus naturel que de croire que c'est lui aussi qui intervenait pour assurer les effets de la tradition d'une *res mancipi?* Seulement, tandis que son intervention suffisait ici pour amener à la longue la conversion du droit de l'acquéreur en un droit de propriété quiritaire, elle ne pouvait d'aucune façon et par aucun laps de temps faire de l'esclave un homme vraiment libre, et voilà pourquoi dans ce second cas l'intervention du législateur lui-même fut nécessaire.

(2) Isolé, ce texte de Gaius permettrait de croire que si la propriété bonitaire

velle eut l'avantage d'être accessible aux pérégrins eux-mêmes, comme le prouve un passage de Théophile (sur le § 3, *De libertinis*) où la propriété bonitaire est opposée, sous le nom de domaine naturel (φυσικὴ δεσποτεία), à la propriété quiritaire appelée domaine légitime (ἔννομος δεσποτεία). Or, qui dit domaine naturel dit évidemment un domaine dont l'acquisition n'exige pas plus la qualité de citoyen Romain que l'emploi des formes arbitraires du droit civil.

Plus tard, la propriété bonitaire dépassa le cercle étroit de sa première application. Elle fournit au préteur un procédé régulier, et qui ne contredisait pas directement le droit civil, pour accorder, quand il le jugeait convenable, un droit de propriété à des personnes auxquelles l'ancienne législation n'en voulait pas reconnaître. Ainsi, quand, à côté et en dehors des hérédités testamentaires ou légitimes, il créa le système des *bonorum possessiones*, il fit du *bonorum possessor* un simple propriétaire bonitaire (n° 442). Ainsi encore, lorsqu'il remplaça les voies d'exécution barbares de l'ancien droit civil par la vente en bloc des biens du débiteur, le *bonorum emptor* eut seulement les choses *in bonis* (n° 484). Telle fut enfin la forme invariable que revêtit le droit de ceux au profit de qui il créa, sans la volonté ou contre le gré du propriétaire, une *justa causa possidendi* (n° 235). Bien mieux, le droit civil lui-même, je parle d'un droit civil de formation relativement récente, s'appropria parfois le procédé du préteur dans des cas où il voulut réagir contre la rigueur de ses propres principes; c'est ainsi, par exemple, que lorsque le fidéicommis d'hérédité devint obligatoire, la restitution faite au fidéicommissaire eut pour conséquence de lui donner la propriété bonitaire (L. 63 pr.. *Ad. sct. Trebell.*, XXXVI, 1) (1).

A la longue cependant, cette propriété de second ordre devait tendre, en fait, à se rapprocher de la propriété quiritaire. Cette tendance, résultat naturel de l'insignifiance pratique des droits laissés au *nudus dominus ex jure Quiritium*, alla s'accentuant à mesure que l'usage de la

n'est pas un *dominium ex jure quiritium*, on peut néanmoins très-correctement la qualifier *dominium*, et cela est vrai quand on va au fond des choses. Mais je doute que ce langage ait été usité dès l'origine; car un autre texte de Gaius (IV, § 34) nous montre que le propriétaire bonitaire, agissant en justice, ne pouvait pas prétendre *rem suam esse*, même en n'ajoutant pas les mots *ex jure quiritium*.

(1) Le droit de propriété spécial que comportent les fonds provinciaux (nos 207 et 208) ressemble très-fort à la propriété bonitaire. Mais les Romains ne l'y font pas rentrer, et cela, je pense, parce que la nature même des choses sur lesquelles il porte l'empêche de se convertir jamais en propriété quiritaire.

mancipation et de l'*in jure cessio* devint plus rare, et surtout lorsque la suppression de la procédure formulaire eut presque confondu la revendication et la publicienne et effacé la différence la plus saillante entre les exceptions et les défenses tirées du fond. Que si l'on envisage tout spécialement les principales applications de la propriété bonitaire, c'est-à-dire celles que j'ai mentionnées, le fait devait nécessairement sous Justinien devenir le droit. Et en effet, ce prince dépouille les *res mancipi* de leur caractère particulier : dès lors, faite *a domino*, la tradition d'une chose quelconque en transporte immédiatement la propriété entière. Il achève de fondre ensemble la théorie des hérédités et celle des *bonorum possessiones :* donc le *bonorum possessor* est désormais un véritable héritier. Quant à la *bonorum venditio*, Justinien n'avait pas à en modifier les effets; elle avait dès longtemps disparu. Enfin, il confond les legs et les fidéicommis : les uns et les autres opéreront donc toujours translation de la propriété. Dans cet état de choses, que lui restait-il à faire? à supprimer d'une manière générale le *nudum dominium ex jure Quiritium*, et c'est ce qu'il fit, non sans déclarer que ce droit, banni de la pratique et devenu une énigme, n'apparaissait plus que dans les écoles où il était l'épouvantail des étudiants à leur début (L. unic., C., *De nud. jur. Quir.*, VII, 25). Désormais donc, toute cause qui anciennement ne donnait que la propriété bonitaire dut donner le domaine quiritaire. Ainsi l'unité, qui avait été le point de départ de la législation romaine, en fut aussi la conclusion; mais la conception de la propriété ne perdit pas pour cela le caractère humain et large que lui avait imprimé le préteur ; je veux dire qu'elle resta accessible aux pérégrins et que le seul mode volontaire de l'acquérir fut un mode du droit naturel, ce fut la tradition.

DE LA *superficies*.

283. *a.* La *superficies* est le droit de jouir à perpétuité ou au moins un très-long temps d'une construction établie sur le terrain d'autrui. Assez volontiers les interprètes y voient une propriété distincte de celle du sol, partant, une dérogation au principe *superficies solo cedit* (n° 256) (1). Mais avec plus de fidélité aux idées romaines, j'ajoute avec plus d'exactitude véritable, on doit la considérer comme une servitude

(1) Ce point de vue est favorisé par l'antithèse que plusieurs textes établissent entre le *superficiarius* et le *dominus soli* (L. 3 § 7, *Uti possid.*, XLIII, 17. — L. 1 § 1, *De superf.*).

d'une nature particulière qui paralyse l'application de ce principe sans y déroger théoriquement (L. 86 § 4, *De leg.* 1°, XXX. — L. 2, *De superf.*, XLIII, 18).

Dans la pratique la plus usuelle, la *superficies* dérive d'un bail consenti à perpétuité ou pour une très-longue durée (L. 8143, *De leg.* 1°, XXX. L. 1 pr. et § 3, *De superf.*). Elle peut dériver aussi d'une vente, d'un testament, et en général de tout acte obligatoire selon le droit civil (L. 1 § 1, *De superf.*). Mais c'est une question douteuse et sur laquelle les textes ne s'expliquent pas, que de savoir si le droit réel se trouve constitué par un effet direct et immédiat de tels actes, ou si, conformément aux principes généraux de la législation romaine, il résulte seulement de la tradition par laquelle on les exécute (1). Quelle que soit la vérité à cet égard, il est certain que si la tradition n'est pas absolument nécessaire pour créer la *superficies*, elle peut sans difficulté être employée dans ce but, et c'est même la seule voie qui soit au service du propriétaire lorsqu'il veut constituer un tel droit en exécution d'une convention de donation ou de toute autre convention à laquelle le droit civil n'attache pas la puissance d'obliger. Il est également certain que la *superficies* consentie *a non domino* s'acquiert par une *longi temporis possessio* qui suppose une tradition (L. 12 § 3, *De Publ.*, *in rem*, VI, 2).

Indépendamment de l'action personnelle qui peut appartenir au *superficiarius* en vertu de son titre (L. 1 § 1, *De superf.*), il trouve dans son droit réel certains avantages spéciaux : 1° une action *in rem* utile lui compète contre tout le monde, même contre le propriétaire, et, à plus forte raison, repousserait-il la revendication de ce dernier par une exception (L. 1 §§ 3 et 4, *De superf.*) (2); 2° pareillement, les actions confessoires relatives aux servitudes actives qu'il a trouvées déjà établies lui sont données comme actions utiles (L. 3 § 3, *De op.*, *nov. nunt.*, XXXIX, 1); 3° l'exercice de son droit constitue une quasi-possession que le préteur protége par un interdit *de superficie* (L 1 § 1, *De superf.*) ; 4° la perte de cette quasi-possession, si elle a été acquise *a non domino*, donne ouverture à l'action publicienne (L. 12 § 3, *De publ.*, VI, 2); 5° le *superficiarius* peut transmettre son droit

(1) Il est bien évident que le propriétaire qui fait une tradition peut dans tous les cas se réserver la *superficies*, non pas sans doute d'après le droit civil, mais d'après le droit prétorien (L. 44 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7).

(2) Contre le propriétaire, le *superficiarius* ne triomphe jamais qu'à la condition de payer ce qui peut être échu du prix de vente ou de bail.

même à des acquéreurs à titre particulier (L. 1 § 7, *De superf.*); 6° il peut grever la *superficies* de servitudes réelles ou personnelles dont le préteur garantit l'exercice à l'aide d'actions utiles (L. 1 §§ 6 et 9, *De superf.*) (1).

DE L'EMPHYTÉOSE (2).

283 *bis. a.* Les cités, et en général les *universitates*, ne pouvant ni exploiter par elles-mêmes leurs immeubles, ni les surveiller aussi exactement que l'eussent fait des particuliers, prirent de bonne heure l'habitude de les donner à bail, sous cette condition que le preneur ou ses héritiers resteraient en possession tant qu'ils payeraient régulièrement le prix du bail (*vectigal*). Les fonds ainsi affermés s'appelaient *agri vectigales*, et comme le droit du preneur ressemblait par sa perpétuité à celui d'un propriétaire, on arriva facilement à le considérer comme un droit réel (L. 1 pr. et § 1, *Si ager vectig.*, VI, 3) (3). Le même mode d'exploitation fut appliqué soit aux fonds compris dans le domaine privé du peuple (L. 11 § 1, *De publ.*, XXXIX, 4), soit aux *fundi patrimoniales* des empereurs (*De fund. patrim.*, C., XI, 61). Puis les particuliers eux-mêmes l'adoptèrent, surtout sans doute les grands propriétaires, qui y trouvaient le double avantage d'échapper aux détails d'une administration trop vaste et d'intéresser plus vivement le preneur à une gestion tout à la fois ménagère et active. Entre particuliers, ce contrat prit le nom d'emphytéose. Les textes nous en révèlent l'existence dès la fin de l'époque classique, et dès lors aussi nous le voyons engendrer un droit réel (L. 3 § 4, *De reb. eor. qui sub tut.*, XXVII, 9. — L. 13, C., *De præd. minor.*, V, 71). La condition de l'emphytéote étant ainsi assimilée à celle du possesseur de l'*ager vectigalis*, on ne distingua plus entre eux; la synonymie des expressions *ager vectigalis* et *ager emphyteuticus* fut promptement consacrée (L. 15 § 1, *Qui satisd. cog.*, II, 8); et dans le dernier état de la langue

(1) On a déjà eu l'occasion de voir que le droit prétorien met de côté la règle *Servitus servitutis esse non potest* (n° 280).

(2) Du mot ἐμφύτευσις, qui marque l'action de semer ou de planter.

(3) Ici, comme pour la *superficies*, on se demande si la constitution du droit réel résulte directement du contrat ou si elle exige la tradition. Je ne puis que reproduire le même doute et les mêmes observations relativement à la tradition faite soit *a domino*, soit *a non domino* (L. 12 § 3, *De publ. in rem*, VI, 2). Du reste, pour que le preneur ait un droit réel, il n'est pas absolument nécessaire que le bail soit perpétuel; c'est assez qu'il soit fait pour un très-long temps (L. 3, *Si ag. vect.*, VI, 3).

juridique, les noms d'emphytéote et d'emphytéose survivent seuls et s'emploient, quel que soit le propriétaire : aussi ne faut-il pas hésiter à appliquer à l'emphytéose les décisions que les textes classiques donnent relativement à l'*ager vectigalis*.

Les droits et obligations qui résultent du bail perpétuel envisagé comme contrat seront expliqués plus loin (n° 618). Quant au droit réel, voici les principaux avantages qui en résultent pour le preneur : 1° il a contre tout le monde et même contre le propriétaire des actions *in rem* utiles pour demander, soit la chose elle-même, soit les servitudes actives dont elle est investie (L. 1 § 1, *Si ager vect.*, VI, 3. — L. 16, *De servit.*, VIII, 1) (1); 2° à son droit correspond une possession protégée par des interdits (L. 15 § 1, *Qui satisd. cog.*, II, 8) (2); 3° la perte de cette possession, si elle a été acquise *a non domino*, lui permet d'intenter l'action publicienne (L. 12 § 2, *De publ.*, VI, 2); 4° il transmet son droit même à titre particulier (3); 5° il peut établir des servitudes *jure prætorio* (*Fr. Vat.*, § 61).

DE L'HYPOTHÈQUE.

SOMMAIRE : I. Généralités. Notions historiques. — II. Des conditions exigées pour la validité d'une convention d'hypothèque. — III. De l'étendue et des effets de l'hypothèque. — IV. De son extinction. — V. Des hypothèques non conventionnelles. — VI. Des priviléges et des hypothèques privilégiées.

I. — GÉNÉRALITÉS. — NOTIONS HISTORIQUES.

284. L'hypothèque est un droit réel sur un bien affecté à l'acquittement d'une obligation. Elle est elle-même une sorte d'obligation qui

(1) L'action *in rem* donnée au possesseur de l'*ager vectigalis* s'appelle *actio vectigalis* (L. 15 § 26, *De damn. inf.*, XXXIX, 2). Du reste, elle ne réussit jamais contre le propriétaire qu'autant qu'il ne lui est rien dû (L. 2, *Si ager vect.*).

(2) Il résulte du texte cité que le propriétaire du fonds soumis au droit d'emphytéose ne possède plus, par conséquent n'a plus les interdits possessoires. C'est donc bien une véritable possession qui appartient à l'emphytéote; en quoi il diffère profondément du *superficiarius*, celui-ci n'ayant qu'une quasi-possession qui n'exclut pas plus la possession du propriétaire que ne le ferait l'exercice d'un droit d'usufruit ou d'une servitude prédiale.

(3) Dans le droit de Justinien, la vente consentie par l'emphytéote place le propriétaire dans l'alternative suivante : il peut ou agréer la vente, ou exercer un droit de préemption, c'est-à-dire prendre le marché pour son propre compte. Dans le premier cas, Justinien l'autorise à se faire payer par l'acquéreur le cinquantième du prix. Dans le second cas, il est lui-même tenu de payer à l'emphytéote l'intégralité du prix, et par là il recouvre sa pleine propriété. Deux mois lui sont donnés pour exercer son option (L. 3, C., *De jur. emphyt.*, IV, 66).

grève une chose au lieu de grever une personne (L. 11, *Quib. mod. pign.*, XX, 6). Pour en comprendre toute l'utilité, il faut d'abord se pénétrer des trois principes suivants : 1° l'actif d'un débiteur forme le gage commun de ses créanciers. Si donc on le suppose insolvable, l'égalité veut que le prix de ses biens se partage entre eux au prorata de leurs créances respectives, de telle sorte que chacun subisse une perte proportionnelle à l'importance de son droit; 2° les aliénations consenties par un débiteur valent contre ses créanciers, en ce sens que le bien aliéné cesse immédiatement d'être compris dans leur gage; 3° les créanciers non payés ne peuvent pas procéder à la vente individuelle (*distractio*) d'un ou de plusieurs biens, même suffisants pour les désintéresser : ils doivent saisir et vendre en masse (*venditio per universitatem*) tout le patrimoine de leur débiteur (n°s 482 et s.; n° 781). — L'hypothèque déroge à tous ces principes. Elle se décompose en trois droits distincts, savoir : 1° droit de préférence, par lequel le créancier, échappant à la loi du concours, se paye sur le prix de la chose hypothéquée avant tous autres et comme s'il était seul créancier; 2° droit de suite, ou droit de se faire délaisser la chose par quiconque la retient, par conséquent droit de méconnaître toutes les aliénations et constitutions de droits réels postérieures à la naissance de l'hypothèque (L. 18 § 2, *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 44 § 5, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3); 3° droit de vendre ou aliéner individuellement la chose grevée (*jus vendendi* ou plus techniquement *jus distrahendi*) (1). Par là le créancier échappe aux lenteurs et aux frais de la vente en bloc, comme aussi le débiteur en évite l'infamie et le dommage. — De ces trois droits, le plus essentiel, celui qui est comme la fin de l'hypothèque et dans lequel gît vraiment la sûreté du créancier, c'est à coup sûr le droit de préférence. Pourquoi, en effet, lui permet-on de méconnaître les aliénations, si ce n'est afin d'assurer son droit de préférence contre les légèretés ou les fraudes du débiteur? Et en fait, à quoi tend-il, en exigeant le délaissement, sinon à vendre, et en vendant, sinon à exercer son droit de préférence?

(1) Je dois insister sur le sens particulier que présente ici le mot *vendere*. Il signifie aliéner, c'est-à-dire transporter un droit qui pourra être opposé au propriétaire lui-même (Inst., § 1, *Quib. al. lic.*, II, 8. — Gaius, II § 64. — L. 10 § 1, *Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6). En effet, pour contracter par vente ou de toute autre manière une obligation portant sur la chose d'autrui, il n'y a pas besoin d'avoir une hypothèque. Au surplus, dans le droit de Justinien qui n'admet plus les créanciers à vendre en bloc les biens de leur débiteur, si le *jus distrahendi* est encore consi-

L'hypothèque, son nom l'indique, paraît être née en Grèce, et la correspondance de Cicéron nous l'y montre usitée (*Ep. ad div.*, XIII, 56) (1). Quant à l'époque précise de son introduction en Italie, nous l'ignorons; mais il est certain qu'elle fixe déjà l'attention des jurisconsultes du second siècle (2), et ils ne paraissent pas s'en occuper comme d'une institution purement provinciale.

285. L'opportunité de cette innovation ressortira d'un examen sommaire de ses précédents. Anciennement, le débiteur qui voulait constituer une sûreté réelle à son créancier n'avait à son service que deux procédés très-imparfaits, l'aliénation fiduciaire et le *pignus*.

Aliénation fiduciaire (3). — Cette opération, dont les auteurs classiques nous offrent quelques exemples (Cic., *Pro Flacco*, 21), comprend d'abord une aliénation par voie de mancipation ou d'*in jure cessio*, puis un contrat de fiducie aux termes duquel le créancier s'engage à retransférer, une fois payé, la propriété à l'aliénateur (n° 647). La chose ainsi aliénée s'appelle *fiducia* ou *res fiduciaria* (Paul, II, 13 §§ 5 et 7), et de l'aliénation elle-même on dit qu'elle est faite *pignoris jure* (Gaius, II, § 60). Cette expression définit très-nettement la situation du créancier : comme propriétaire, il est investi du droit le plus entier sur la chose; comme gagiste, il est soumis à des obligations qui, sans diminuer ses droits en eux-mêmes et à l'égard des tiers, l'astreignent envers le débiteur à n'en user que dans la mesure nécessaire à la sûreté et au recouvrement de sa créance. Voici quelles sont ces obligations : 1° compenser les fruits qu'il perçoit avec les intérêts qui lui sont dus (4); 2° imputer sur le capital les autres acquisitions qu'il peut réaliser à l'occasion de la chose, par exemple, si c'est un esclave,

déré comme un élément spécial du droit hypothécaire, c'est seulement en ce sens que la vente se fait sans envoi en possession ni intervention du magistrat.

(1) Un passage de Catulle (*Ad Fur.*, carm. XXVI) a fait dire que dès la fin de la république elle était connue et pratiquée en Italie. Mais ce passage peut s'entendre de l'aliénation fiduciaire et par conséquent n'a rien de décisif.

(2) Il me paraît probable que l'édit perpétuel d'Adrien contenait des dispositions sur l'hypothèque, puisque dans les titres du Digeste relatifs à cette matière il y a des fragments tirés de commentaires *ad edictum*. Avant la rédaction de cet édit, Nératius avait déjà écrit sur les hypothèques (L. 2, *In quib. caus. pign.*, XX, 2), et peu de temps après, Gaius composa un traité de l'action hypothécaire (notamment LL. 4 et 15, *De pignor. et hyp.*, XX, 1).

(3) Boèce (*Sur les topiques de Cicéron*, n° 4) emploie l'expression *mancipatio fiduciaria*.

(4) L'imputation se faisait-elle subsidiairement sur le capital, lorsque la valeur des fruits dépassait le montant des intérêts? C'est un point douteux.

les hérédités et les legs recueillis par son intermédiaire (Paul, II, 13 § 2); 3° s'abstenir de toutes dégradations et transformations (Paul, IV, 12 § 6); 4° ne point aliéner avant l'échéance; 5° restituer, s'il est payé, la chose elle-même (1), et s'il vend, faute de payement à l'échéance, l'excédant du prix sur le montant du capital et des intérêts réunis (Paul, II, 13 § 1) (2).

Finalement donc, la sûreté que le créancier trouve dans l'aliénation fiduciaire se ramène aux avantages suivants : 1° retenir la chose jusqu'à parfait payement, au besoin même la revendiquer contre le débiteur (3); 2° en user, et même en acquérir les fruits et produits quelconques sous la charge des imputations précédemment indiquées; 3° la vendre, faute de payement à l'échéance, et en garder le prix jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû.

L'aliénation fiduciaire présentait de graves inconvénients pour le débiteur : en effet, outre qu'elle lui ôtait l'usage de sa chose, elle l'exposait à ne la recouvrer que détériorée par le fait ou la négligence du créancier, même à la perdre, si celui-ci l'avait aliénée avant l'échéance ou nonobstant le payement. Aussi le créancier la laissait-il souvent entre les mains du débiteur, soit à titre de précaire, soit à titre de bail (Gaius, II, § 60) (4); mais ces deux expédients étaient d'une insuffisance manifeste : le précaire, comme étant révocable à volonté, l'un et l'autre comme n'apportant aucun obstacle à l'aliénation des choses immobilières, puisque le propriétaire peut les manciper ou les céder *in jure* sans les détenir (5).

(1) Il suit de là que le débiteur lui-même peut toujours vendre la chose, et, en offrant le prix au créancier, se la faire restituer pour la donner à l'acheteur (Paul, II, 13 § 3. — L. 6 pr., *De pignor. act.*, XIII, 7).

(2) L'exécution de ces obligations est garantie par l'action *directa fiduciæ*.

(3) Le créancier ne peut jamais ni retenir définitivement la chose à titre de payement ni se la faire vendre par le débiteur (Paul, II, 13 §§ 3 et 4). Car c'est presque toujours lui-même qui en fixerait l'estimation. Du reste, il a le droit de recouvrer ses dépenses nécessaires ou utiles, soit par voie de retenue sur le prix de vente, soit par l'action *contraria fiduciæ* (Paul, II, 13 § 7).

(4) Ce bail est évidemment consenti pour un prix non sérieux, *nummo uno*, comme disent les Romains.

(5) La différence principale entre ces deux espèces de conventions consiste en ce que par le bail le créancier retient absolument la possession (L. 37, *De pign. act.* — L. 37, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2), tandis que par le précaire il s'en dessaisit à l'égard des tiers, ainsi que je l'ai déjà expliqué (n° 214). Mais alors comment comprendre qu'en cette dernière hypothèse il puisse aliéner, s'il est vrai que l'on n'aliène pas valablement ce qu'on ne possède pas (n° 224)? La réponse est for simple : en aliénant, le créancier révoque le précaire et par conséquent redevient de plein droit possesseur.

Pignus. — Ici la chose affectée à la sûreté du créancier lui est simplement livrée en vue de l'en rendre possesseur, mais non pas propriétaire. Cette possession, il peut la retenir jusqu'à parfait payement; mais on lui défend, sous peine d'être réputé voleur, de se servir de la chose ou de la vendre sans le consentement du débiteur (Inst., § 6, *De obl. quæ ex del.*, IV, 1. — L. 73, *De furt.*, XLVII, 2). Tel fut le *pignus* primitif, en réalité simple droit de rétention, donc insuffisant à un double point de vue : en effet, perdant la possession, le créancier n'avait aucun moyen légal de la recouvrer; et non payé à l'échéance, il lui était impossible de se payer lui-même, faute d'avoir le droit de vendre (1). Sur le premier point, la création des interdits possessoires et l'invention de la *procuratio in rem suam* firent de bonne heure entrer le gage dans une phase nouvelle : le créancier dépossédé put désormais recouvrer la possession, soit à l'aide d'un interdit qui lui compétait en son propre nom, soit en exerçant l'action en revendication au nom du propriétaire, si celui-ci consentait à la lui céder. Quant au droit de vendre, voici comment il s'établit : en fait, on convenait ordinairement que le créancier pourrait vendre, s'il n'était pas payé à l'échéance; et comme le contrat de gage est de bonne foi, cette convention finit par y être réputée sous-entendue. Seulement, lorsqu'elle n'avait pas été exprimée, le créancier ne devait vendre qu'après avoir averti le débiteur par trois significations (Paul, II, 5 § 1). Dans cet état de choses, le droit de vendre pouvait encore être écarté par une convention expresse. Mais un nouveau et dernier pas fut fait : désormais, si nous en croyons Ulpien (L. 4, *De pign. act.*, XIII, 7), l'interdiction de vendre cessa d'être prise à la lettre et obligea seulement le créancier à faire trois significations préalables au débiteur; mais dans le silence de la convention, il put vendre sans observer cette formalité (2). Grâce à ce dernier progrès, qui fut probablement le ré-

(1) Ceci explique pourquoi sans aucun doute le *pignus* fut d'abord beaucoup moins pratiqué que l'aliénation fiduciaire. Mais de là faut-il conclure, comme le font beaucoup d'interprètes, que la législation admit l'aliénation fiduciaire longtemps avant d'admettre le *pignus?* Rien, selon moi, ne le prouve; et l'on ne peut pas alléguer en ce sens que dans le principe les Romains n'auraient pas compris la remise de la possession sans le transport de la propriété. Le précaire, institution d'une antiquité non douteuse, témoignerait, au besoin, du contraire.

(2) Ulpien présente sa doctrine comme admise dans la pratique (*hoc jure utimur*). Dans l'usage cependant, et par routine, on continua d'insérer fréquemment dans les contrats de gage une autorisation de vendre (L. 4, C., *De pign. act.*, IV, 24).

sultat d'une réaction de l'hypothèque sur le *pignus*, le droit de vendre devint de l'essence du gage (1).

Mais même dans son état définitif, le *pignus* présente l'inconvénient sérieux d'inutiliser en quelque sorte la chose, puisque le créancier ne doit pas s'en servir sans y être autorisé, et que le débiteur ne le peut pas, faute de la détenir. Le remède ici, comme précédemment, peut être emprunté à une concession de précaire ou à une convention de bail (L. 22 § 3; L. 35 § 1, *De pignor. act.* — L. 6 § 4; L 11, *De prec.*, XLIII, 26).

Il sera aisé de comprendre, à présent, combien l'hypothèque va plus directement à son but que l'aliénation fiduciaire et le *pignus* : par une simple convention, sans que le débiteur perde ni la propriété, ni la possession, ni même la simple détention de sa chose, le créancier acquiert le triple droit de préférence, de suite et de vente. Le premier pas dans cette voie fut fait par le préteur Servius, qui permit au fermier d'une exploitation rurale d'affecter à la sûreté de son prix de ferme, et cela sans se dessaisir, les meubles, bestiaux et ustensiles aratoires qu'il apportait sur le fonds (Inst., § 7, *De act.*, IV, 6). Cette hypothèse était, il est vrai, d'une nature toute particulière; car de tels objets formant d'ordinaire tout l'avoir du fermier, l'application du droit commun aurait eu pour conséquence forcée ou d'obliger le locateur à se passer de sûreté spéciale ou de rendre l'exploitation à peu près impossible. Néanmoins la simplicité et la commodité du procédé imaginé par Servius le firent bientôt généraliser. On alla même plus loin : tandis que l'hypothèque ne commençait à frapper sur les meubles du fermier qu'au moment de leur introduction sur l'immeuble (L. 11 § 2, *Qui pot.*, XX, 4), on admit que désormais, pour toute obligation, et quelle que fût la chose affectée, elle naîtrait d'une simple convention (L. 17 § 2, *De pact.*, II, 14. — L. 4, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — L. 4, *De fid. instr.*, XXIII, 4) (2). Dès lors l'aliénation fiduciaire perdit son

(1) Aussi lisons-nous dans les textes qu'entre le *pignus* et l'hypothèque envisagés comme droits réels il n'y a d'autre différence que celle des mots (L. 5 § 1, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — Inst., § 7, *De act.*, IV, 6). C'est assez dire que la plupart de mes explications sur l'hypothèque s'appliqueront aussi au droit réel de gage considéré dans son dernier état.

(2) Il y a des textes qui prouvent que la convention d'hypothèque était parfois accompagnée d'une autorisation formelle de vendre (L. 12 § 10, *Qui pot.*, XX, 4. — L. 4, C., *De pign. et hyp.*, IV, 24), et l'on pourrait en induire qu'au début l'hypothèque ne donna au créancier que le droit de se faire délaisser la chose, non le droit de vendre, ni par conséquent de se payer par préférence. Je ne serais pas

usage (1); quant au *pignus*, il devait se maintenir, parce que, donnant au créancier l'avantage de la possession, il lui assurait la ressource des interdits, le dispensait d'exercer l'action hypothécaire ou en délaissement, et en fait le garantissait, s'il s'agissait d'une chose mobilière, contre tout acte de disposition par lequel le débiteur aurait pu la faire disparaître.

II. — DES CONDITIONS EXIGÉES POUR LA VALIDITÉ D'UNE CONSTITUTION D'HYPOTHÈQUE.

286 *a*. Outre les conditions nécessaires à la validité de toute convention, on exige ici : 1° qu'il y ait une dette, car l'hypothèque n'est qu'un droit accessoire (L. 10, C., *De pign. act.*, IV, 24); 2° que la chose hypothéquée puisse faire l'objet d'une vente, car le droit de préférence ne s'exerce que sur le prix; 3° enfin, que le constituant soit propriétaire et capable d'aliéner, car l'hypothèque est une aliénation partielle et un acheminement à l'aliénation pleine (L. 3 pr., *De pign. et hyp.* — L. 6, C., *Si al. res pign.*, VIII, 16). Chacune de ces conditions demande quelques détails.

1° *Nécessité d'une dette.* — Il n'importe que la dette grève le constituant lui-même ou un tiers; qu'elle soit civile ou naturelle, pure et simple ou conditionnelle, même simplement future, comme celle qui a pour objet des loyers à venir (L. 5 pr. et § 2, *De pign. et hyp.*, XX, 1). Mais évidemment, la dette que la loi déclare nulle, par exemple une promesse d'intérêts usuraires, ne peut servir de base à une convention d'hypothèque (L. 11 § 3, *De pign. act.*, XIII, 7).

2° *Aptitude de la chose à être vendue* (L. 9 § 1, *De pign. et hyp.*).

éloigné de croire qu'à cela se réduisit la portée de l'innovation du préteur Servius. Mais il me paraît probable que du jour où la convention d'hypothèque fut consacrée d'une manière générale, c'est-à-dire quelle que fût la cause de la créance et quelles que fussent les choses affectées, le droit hypothécaire dut avoir toute la plénitude qu'il comporte dans le dernier état de la législation. Deux raisons m'inclinent à cette opinion : c'est d'abord que si réellement l'hypothèque fut empruntée à la Grèce, on dut la prendre telle qu'elle y était, sans la morceler ni la réduire; c'est, en second lieu, que l'hypothèque restreinte au droit d'obtenir la mise en possession n'aurait pas eu beaucoup de raison d'être, car elle aurait été moins utile pour le créancier que le gage : à vrai dire, elle n'aurait offert d'avantage que pour le débiteur qu'elle aurait laissé en possession de sa chose.

(1) Il en reste pourtant quelques vestiges dans la compilation de Justinien (L. 18 pr. *in fine*, *Commod.*, XIII, 6. — L. 11 § 4, *De pignor. act.*, XIII, 7. — L. 16, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

— Tous les biens corporels satisfont à cette condition. Parmi les choses incorporelles on ne peut hypothéquer ni les droits d'usage ou d'habitation ni les servitudes urbaines (L. 11 § 3, *De pignor. et hyp.*) (1). Mais on hypothèque valablement les droits qui suivent : 1° l'*usufruit* (L. 11 § 2, *De pign. et hyp.*); 2° les *servitudes rurales*, pourvu que le créancier soit propriétaire d'un fonds voisin du fonds servant. Cette hypothèque l'autorise, tant que sa créance n'est pas échue, à user de la servitude au profit de son propre fonds, et, après l'échéance, à en vendre l'exercice à un propriétaire voisin (L. 12, *De pign. et hyp.*) (2); 3° les *droits de superficie et d'emphytéose* (L. 15, *Qui potior.*, XX, 4. — L. 31, *De pign. et hyp.*); 4° les *droits de créance*. Cette hypothèque (*pignus nominis*) permet au créancier de vendre la créance et de se payer sur le prix. S'il le préfère, il peut en exiger le payement (3). Une fois payé, sa condition est facile à définir : si la dette avait pour objet de l'argent, il le garde jusqu'à concurrence du montant de son droit; si elle avait pour objet une autre chose, il acquiert sur elle les droits d'un gagiste (L. 7, C., *De hered. vel act.vend.*, IV, 39. — L. 18 pr., *De pignor. act.*,

(1) Je ne parle pas ici d'une constitution d'hypothèque portant sur le fonds dominant lui-même. Il va de soi que par voie de conséquence elle embrasse toutes les servitudes actives, comme le ferait l'aliénation.

(2) Dans une opinion très-répandue, ce texte ne statuerait pas sur une servitude déjà établie, mais bien sur une servitude à établir. En attendant l'échéance de son droit, le créancier serait autorisé à exercer sur mon fonds libre une servitude qui n'existe pas encore; l'échéance venue, il constituerait la servitude au profit d'un voisin qui lui en payerait le prix. Trois motifs me font repousser cette interprétation : 1° Le texte qui précède le nôtre (L. 11 § 2) examine la question de savoir si l'usufruit déjà séparé de la propriété peut être hypothéqué. N'est-il donc pas tout naturel que la question posée ensuite à l'égard des servitudes prédiales soit la même? 2° Pourquoi exiger que le créancier ait lui-même un fonds voisin du fonds servant, s'il ne s'agit que de l'autoriser à créer une servitude au profit d'un tiers? 3° Pourquoi distinguer entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines? Au fond tout se réduirait, dans l'interprétation que je combats, à un mandat de constituer une servitude par voie de quasi-tradition sur le fonds du mandant. Or rien ne s'oppose à ce qu'un pareil mandat intervienne à propos d'une servitude urbaine. — Si l'on m'objecte que toute servitude prédiale est inséparable du fonds dominant, je réponds que la matière des hypothèques est entièrement régie par le droit prétorien, qui a l'habitude de faire fléchir les rigueurs du droit civil devant des considérations d'utilité pratique. Or, en fait, l'exercice d'une servitude rurale peut être utilement transporté à un autre fonds, tandis que par un pareil transport la servitude urbaine perdrait toute utilité : elle ne trouverait pas d'acheteur. De là la distinction consacrée par le préteur.

(3) Le débiteur de la créance soumise à l'hypothèque ne peut plus, une fois averti, payer entre les mains de son créancier, et dès lors aussi la poursuite intentée par celui-ci échoue devant une exception (L. 4, C., *Quæ res pignor.*, VIII, 17).

XIII, 7); 5° les *droits de gage ou d'hypothèque.* Il faut supposer qu'un créancier muni de gage ou d'hypothèque affecte cette sûreté à l'acquittement d'une autre dette dont il est lui-même grevé (LL. 1 et 2, C., *Si pign. pign.*, VIII, 24). C'est là le *pignus pignori datum* dont voici les effets : le constituant est réputé, en premier lieu, avoir hypothéqué sa créance elle-même, de sorte que tous les effets du *pignus nominis* s'appliquent ici; en second lieu, avoir cédé son droit hypothécaire, ce qui permet au créancier cessionnaire de se faire délaisser la chose hypothéquée et de la vendre (L. 13 § 2, *De pign. et hyp.*, XX, 1). Est-ce à dire que ce dernier soit de tous points traité comme s'il avait directement hypothèque sur cette chose? Non. Par exemple, Primus, créancier hypothécaire de trente sous d'or, m'en doit quarante, et m'affecte son droit d'hypothèque sur le fonds Cornélien. Quelque prix que donne la vente du fonds, mon droit de préférence sera limité au maximum de trente sous d'or, parce que Primus n'a pas pu me céder un droit plus fort que le sien. Si au contraire mon hypothèque portait sur la chose elle-même, je pourrais en absorber le prix jusqu'à concurrence du chiffre de ma propre créance. J'ajoute que l'extinction de la première hypothèque emporte nécessairement celle de la seconde (L. 40 § 2, *De pign. act.*).

3° *Nécessité pour le constituant d'être propriétaire et capable d'aliéner.* — En cette matière, on appelle propriété non-seulement le *dominium ex jure Quiritium*, mais aussi le domaine bonitaire et la possession légitime d'un fonds provincial (L. 18, *De pign. et hyp.*). La règle qui exige que le constituant soit propriétaire au moment même de la convention exclut les trois cas suivants : 1° la chose lui est due (L. 1 pr., *De pign. et hyp.*); 2° l'hypothèque est expressément subordonnée à cette condition : *Si res debitoris facta fuerit* (L. 16 § 7, *De pign. et hyp.*); 3° la convention a pour objet des biens à venir (L. 15 § 1, *De pign. et hyp.*) (1). Ce qui est immédiatement valable dans ces trois cas, c'est la convention d'hypothèque; quant au droit réel lui-même, il ne peut évidemment prendre naissance qu'au moment de l'entrée du bien dans le patrimoine du constituant.

(1) Dans le droit de Justinien, l'hypothèque qu'un débiteur consent sur tous ses biens est présumée comprendre aussi ses biens à venir (L. 9, C., *Quæ res pign.*, VIII, 17). Dans le droit classique, au contraire, les biens à venir ne pouvaient être hypothéqués qu'en vertu d'une convention expresse; mais cette convention accompagnait presque toujours la constitution d'une hypothèque générale sur les biens présents (L. 15 § 1, *De pign. et hyp.*).

Ces réserves faites, la convention d'hypothèque est immédiatement et à jamais nulle, quand elle a pour objet la chose d'autrui (L. 6, C., *Si al. res.*, VIII, 16) (1). Voici pourtant trois hypothèses où les jurisconsultes lui reconnaissent des effets plus ou moins pleins : 1° le constituant acquiert plus tard la propriété. — Ici Papinien distingue entre le créancier qui possède et le créancier qui ne possède pas. Au premier, un droit de rétention suffit; il l'aura sans difficulté. Au second, il faut une action; et Papinien ne la lui accorde qu'autant qu'il a été de bonne foi (L. 1 pr., *De pign. et hyp.*). Mais d'autres jurisconsultes semblent la lui donner d'une manière générale, et c'est une question que de savoir s'ils sous-entendent la circonstance que le créancier a été de bonne foi (L. 41, *De pign. act.* — L. 7 § 2, *De s. c. t. Mac.*, XIV, 6. — L. 5, C., *Si al. res pign.*, VIII, 16); 2° le propriétaire devient héritier du constituant. — Dans l'opinion de Paul, l'action hypothécaire demeure en principe refusée au créancier (L. 41, *De pignor. act.*, XIII, 7) (2). Modestin, au contraire, la lui accorde toujours (L. 22, *De pign. et hyp.*) (3); 3° l'hypothèque a été consentie par un possesseur de bonne foi. — Elle est protégée soit contre le consti-

(1) Pourquoi cette nullité, tandis que la vente de la chose d'autrui est reconnue valable? La différence est facile à expliquer. La convention d'hypothèque doit par elle-même créer un droit réel, c'est là son unique objet. Donc, le droit réel ne pouvant pas naître, rien n'est fait. La vente, au contraire, ne tend qu'à créer des obligations; cela est si vrai que la position de l'acheteur au moment qui suit le contrat est exactement la même, soit qu'il ait traité avec un vendeur propriétaire ou non. Dans l'un et l'autre cas il n'est et ne peut être que créancier. Or, on devient très-régulièrement créancier d'une chose qui n'appartient pas au débiteur, sauf à se voir évincer par le propriétaire (L. 28, *De contr. empt.*, XVIII, 1).

(2) Le texte de Paul contient une phrase obscure. Après avoir nettement refusé l'action hypothécaire au créancier, il ajoute : *sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit quominus utilis actio moveatur.* Cette phrase ne peut pas s'entendre du cas où le propriétaire serait intervenu à la convention d'hypothèque; car alors elle émanerait véritablement de lui, et c'est l'action directe qu'il faudrait donner, non l'action utile. Il est également difficile de croire que Paul se réfère à une ratification que le propriétaire aurait donnée après coup; car ici encore les choses se passent comme s'il avait lui-même consenti l'hypothèque (L. 16 § 1, *De pign. et hyp.*). Probablement le texte suppose que sans participer à la convention d'hypothèque le propriétaire a contribué à persuader au créancier que la chose appartenait au constituant.

(3) L'opinion de Modestin paraît tout d'abord trouver un appui dans la décision qu'on donne en matière de vente. Il est certain, en effet, que le propriétaire héritant du vendeur ne peut pas revendiquer efficacement (L. 1 § 1, *De except. rei vend.*, XXI, 3). Mais les deux situations n'ont pas d'analogie réelle; car la convention d'hypothèque n'oblige pas, tandis que la vente oblige, et par conséquent lie, quel qu'il soit, l'héritier du vendeur.

tuant lui-même et ses ayant cause postérieurs, soit contre les tiers auxquels il serait préféré dans l'action publicienne (LL. 18 et 21 § 1, *De pign. et hyp.* — L. 14, *Qui pot.*, XX, 4) (1).

III. — DE L'ÉTENDUE ET DES EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE.

287. Trois principes détermineront l'étendue de l'hypothèque : 1° L'hypothèque garantit non-seulement la créance principale, mais aussi les obligations accessoires qui s'y rattachent, par exemple les intérêts stipulés ou même simplement convenus et les dépenses faites pour la conservation ou l'entretien de la chose (L. 8 § 5 ; L. 11 § 3, *De pign. act.* — L. 5, *De sol.*, XLVI, 3. — L. 6, C., *De pign. et hyp.*, VIII, 14).

2° L'hypothèque frappe sur tous les accessoires de la chose et sur toutes les améliorations qu'elle peut recevoir. Donc, constituée sur un fonds riverain d'un cours d'eau, sur un terrain non bâti ou sur une nue propriété, elle embrasse virtuellement les alluvions qui viendraient enrichir le fonds, les constructions qui y seraient élevées, ou l'usufruit qui ferait retour à la propriété (L. 18 § 1, *De pign. act.* — L. 16 § 2, *pign. et hyp.*) (2).

3° L'hypothèque est indivisible, c'est-à-dire que chaque portion divise ou indivise de la chose hypothéquée garantit l'intégralité de la dette ; en d'autres termes, l'hypothèque subsiste sur toute la chose jusqu'à l'entier acquittement de l'obligation (L. 6, C., *De distr. pign.*, VIII, 28) (3). Voici les principales applications de ce principe : 1° si le propriétaire aliène la chose par parcelles, chaque acquéreur est tenu hypothécairement de la dette entière ; 2° même décision, lorsque d'une manière quelconque la chose devient indivise entre plusieurs copropriétaires (L. 2, C., *Si unus ex plur. hered.*, VIII, 32) ; 3° si le créan-

(1) Il est évident que dans ces trois hypothèses l'action hypothécaire, étant donnée en dehors des principes, n'est qu'une action *utilis*.

(2) On va jusqu'à décider que l'hypothèque portant sur une femme esclave s'étend à l'enfant conçu au jour de la constitution ou même plus tard, pourvu qu'il naisse chez le constituant lui-même ou chez son héritier (L. 18 § 2, *De pignor. act.* — L. 29 § 1, *De pign. et hyp.*).

(3) L'indivisibilité s'entend donc ici tout autrement qu'en matière de servitudes prédiales. Et en effet l'on a déjà eu l'occasion de voir qu'une hypothèque peut être constituée sur une part indivise (n° 248). De même l'extinction pourrait en être consentie au profit d'une part indivise.

cier meurt laissant plusieurs héritiers, et que l'un d'eux reçoive le payement intégral de sa part, la chose demeure néanmoins affectée tout entière à la sûreté des autres (L. 11 § 4, *De pign. act.* — L. 1, C., *Si unus ex plur. hered.*); 4° si à l'inverse c'est le débiteur qui meurt laissant plusieurs héritiers, l'acquittement par l'un d'entre eux de sa part personnelle ne dégrève pas la chose pour une part correspondante (L. 8 § 2, *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 65, *De evict.*, XXI, 2).

L'hypothèque engendre, on l'a déjà vu, les trois droits de préférence, de suite et de vente (1). Pour le moment j'insisterai principalement sur le premier (2).

En nous plaçant d'abord dans l'hypothèse la plus élémentaire, celle d'une seule hypothèque, le droit de préférence ne s'exerce qu'à l'encontre des créanciers chirographaires représentés par leur débiteur, et il s'exerce de la manière la plus simple : la chose une fois vendue, le créancier en recouvre et en garde intégralement le prix, s'il n'est pas supérieur au montant de son droit; dans le cas contraire, il restitue l'excédant au débiteur ou lui cède ses actions dans la mesure nécessaire pour lui permettre de le toucher lui-même (L. 24 § 2, *De pignor. act.*).

Que s'il y a plusieurs créanciers ayant hypothèque sur la même chose, tous sont, si l'on veut, de condition égale, quand on les envisage

(1) Si l'on demande quels sont les droits que la constitution d'hypothèque laisse subsister au profit du propriétaire, je réponds qu'il conserve l'usage et la possession de sa chose, le droit aux fruits et aux produits, et le droit de disposer limité par l'obligation de ne pas diminuer la sûreté hypothécaire. Il semble donc que le droit d'aliéner lui reste d'une manière absolue, puisque les aliénations par lui consenties ne peuvent pas être opposées au créancier. Cependant on ne le lui laisse qu'autant que l'hypothèque est générale (LL. 2, 3 et 4, C., *De serv. pign. dat.*, VII, 8), et l'on va jusqu'à décider que si la chose est mobilière, il commet un *furtum* en la vendant (L. 66 pr., *De furt.*, XLVII, 2). Toutefois la vente reste valable comme contrat, à moins d'avoir été interdite par une clause expresse (L. 7 § 2, *De distr. pign.*, XX, 5). En cas de gage, les droits du propriétaire sont encore plus réduits. On sait, en effet, qu'il ne possède plus, si ce n'est *ad usucapionem* (n° 214). Quant à l'usage et aux fruits de la chose, il arrive souvent qu'une convention les cède au gagiste à la condition d'en compenser le bénéfice avec les intérêts de sa créance (L. 11 § 1, *De pign. et hyp.* — LL. 14 et 17, C., *De usur.*, IV, 32). Cette convention, appelée antichrèse, est réputée sous-entendue lorsque le créancier n'a pas stipulé d'intérêts (L. 8, *In quib. caus. pign.*, XX, 2. — L. 2, C., *De part. pign.*, VIII, 25). Au surplus, expresse ou tacite, l'antichrèse ne saurait être un moyen d'éluder les lois relatives au taux de l'intérêt. Si donc les revenus de la chose excèdent les intérêts légaux, le surplus s'impute sur le capital, ainsi que cela résulte des textes précités.

(2) Je développerai ultérieurement le droit de vendre (n° 393) et le droit de suite (n°s 821 et s.).

isolément dans leurs rapports avec le débiteur. Mais entre eux il faut établir un ordre et assigner des rangs (1). L'importance pratique de ce classement ressort des deux règles suivantes : 1° le premier créancier est le seul qui puisse se faire délaisser la chose non-seulement par les tiers, mais aussi par les autres créanciers hypothécaires (L. 12 pr., *Qui pot.*, XX, 4) (2) ; 2° il n'y a que lui qui, exerçant le droit de vendre, mette son acquéreur à l'abri de toute menace d'éviction (LL. 1 et 5 pr., *De distr. pign.*, XX, 5. — LL. 6 et 8, C., *Qui pot.*, VIII, 18) (3). — On voit donc que la plénitude du droit hypothécaire n'appartient réellement qu'au premier créancier.

Maintenant quel est l'ordre à suivre? La règle est que la préférence se détermine d'après la date des hypothèques, et en commençant par la plus ancienne, quel que soit l'ordre dans lequel les créances elles-mêmes se sont produites : *Prior tempore, potior jure* (LL. 2 et 4, C., *Qui pot.*, VIII, 18). Cette règle conduit à plusieurs applications remarquables: 1° étant données deux hypothèques exactement contemporaines, les deux créanciers sont de condition égale, c'est-à-dire que dans leurs rapports entre eux les avantages du droit hypothécaire se partagent dans la proportion de leurs créances respectives (L. 20 § 1, *De pignor. act.*, XIII, 7. — L. 16 § 8, *De pign. et hyp.*) (4); 2° soit une hypothèque portant sur le patrimoine entier du débiteur, et une hypothèque postérieure portant spécialement sur un de ses biens. Le créancier à hypothèque générale peut exercer son droit sur le bien affecté à l'hypothèque spéciale, et par là rendre celle-ci inefficace, quand même les autres biens suffiraient à le désintéresser (L. 2, *Qui potior.*) ; 3° Titius ayant hypothéqué ses biens à venir à deux personnes

(1) Cette difficulté ne se présentait pas dans le système ancien de l'aliénation fiduciaire, une telle aliénation ne pouvant pas, comme l'hypothèque, être consentie *in solidum* au profit de plusieurs.

(2) Le texte cité prouve, du reste, que les autres créanciers peuvent eux-mêmes exercer l'action hypothécaire soit contre les tiers, soit contre tout créancier dont l'hypothèque est primée par la leur (L. 12 § 7, *Qui pot.*).

(3) Bien entendu, le résultat serait le même si, la vente étant faite par un créancier postérieur, celui-ci s'arrangeait de telle façon que tous ceux qui le précèdent fussent intégralement payés sur le prix (L. 22 § 1, *De jur. fisc.*, XLIX, 14).

(4) Cette égalité subsisterait alors même que l'un des deux créanciers aurait sur l'autre l'avantage d'une possession exclusive. Ulpien, il est vrai, paraît donner la préférence au possesseur (L. 10, *De pign. et hyp.*). Mais on remarquera qu'il copie presque mot pour mot un texte de Julien relatif à l'interdit Salvien (L. 1 § 1, *De Salv. int.*, XLIII, 33). Il est donc probable que sa pensée a été mal comprise par les compilateurs du Digeste, et qu'ils ont en conséquence et fort mal à propos modifié la position de l'espèce.

successivement, l'hypothèque née la première est préférée même sur les biens acquis depuis la naissance de la seconde. Sans doute, on pourrait objecter que l'une et l'autre ont frappé au même moment sur ces biens ; mais la vérité est qu'elles n'y ont pas frappé avec même force, et que la seconde n'a pu produire son effet que sous la réserve des droits déjà acquis au premier créancier (L. 21 pr., *Qui potior.*) (1); 4° une hypothèque est constituée pour une dette future, par exemple, par un locataire qui n'est pas encore entré en jouissance (2). Si plus tard, empruntant de l'argent, ce locataire affecte la même chose au prêteur, c'est le locateur qui sera préféré, bien qu'il ne fût pas encore créancier au jour de la conclusion du prêt (L. 9 pr., *Qui potior.*); 5° en supposant qu'une même chose ait été affectée d'abord à une dette conditionnelle, puis à une dette pure et simple, c'est l'hypothèque consentie la première qui sera préférée, encore que la condition ne s'accomplisse qu'après la naissance de la seconde dette. Gaius (L. 11 § 1, *Qui potior.*) explique ce résultat par la rétroactivité de la condition une fois accomplie. Mais il se trompe évidemment, puisque les textes ne distinguent pas entre l'hypothèque qui garantit une dette conditionnelle et celle qui garantit une dette simplement future (3). Le vrai motif, dans l'un et l'autre cas, c'est qu'il ne faut pas laisser au débiteur un moyen de détruire indirectement la sûreté qu'il a consentie (4).

La règle *Prior tempore potior jure*, très-simple et très-équitable en

(1) Cette décision paraît contredite par Ulpien (L. 7 § 1, *Qui pot.*). Il suppose deux constitutions d'hypothèque, l'une embrassant tous les biens présents et à venir, l'autre qui doit affecter spécialement tel fonds, si le débiteur vient à l'acquérir. L'acquisition réalisée, le jurisconsulte admet le concours des deux créanciers sur ce fonds. Mais il ne dit pas formellement que l'une des deux hypothèques soit née après l'autre. On peut donc, si l'on tient à mettre les deux textes d'accord, les supposer contemporaines.

(2) La qualification de dette future est expressément appliquée par Paul (L. 89, *De verb. obl.*) aux prestations pécuniaires qui correspondent à la jouissance à venir du preneur.

(3) Il est du reste très-vrai que la condition qui suspend une obligation contractuelle rétroagit lorsqu'elle est accomplie, tandis que la dette future n'est jamais censée remonter au delà du moment où elle a pris naissance (L. 132 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1. — 13 § 9, *De accept.*, XLVI, 1). Une autre différence sépare ces deux espèces de dettes : celui qui paye sciemment *pendente conditione*, n'aura rien à répéter si la condition vient à défaillir (L. 16 pr., *De cond. ind.*, XII, 6). Au contraire, le payement d'une dette future peut être répété le jour où il est certain que la dette ne naîtra pas (L. 19 § 6, *Locat.*, XIX, 2).

(4) Ce que je dis de l'hypothèque constituée pour une dette future ou conditionnelle perd toute application, lorsqu'il dépend ou de celui qui l'a reçue de ne pas

pure théorie, devenait dans la pratique romaine une source abondante de complications et de difficultés à cause du caractère occulte des hypothèques. Comment savoir, en effet, si ce créancier qui vend la chose ou qui en touche le prix n'est pas primé par quelque créancier plus ancien qui viendra un jour critiquer ou la vente elle-même ou la répartition des deniers? L'empereur Léon crut parer à ce danger en décidant que celui dont l'hypothèque serait constatée soit par acte public, soit par acte privé portant la signature de trois témoins irréprochables, primerait toujours, malgré leur antériorité, les créanciers porteurs d'un simple titre privé (*idiochirium*) (L. 11, C., *Qui potior.*, VIII, 18). Mais ce timide essai de réforme ne satisfaisait pas aux véritables besoins du crédit ; et le régime hypothécaire romain resta, ce qu'il avait été à l'époque classique, une conception admirable de justesse, mais sans organisation pratique, comparable à une horloge bien réglée dont le cadran ne marquerait pas les heures.

IV. — DE L'EXTINCTION DE L'HYPOTHÈQUE.

288 *a*. L'hypothèque s'éteint ou par voie de conséquence ou d'une manière principale.

Elle s'éteint par voie de conséquence, lorsque le créancier est payé, et plus généralement toutes les fois que la dette dont elle n'est que l'accessoire s'éteint elle-même, soit *jure civili*, soit *jure prætorio* (L. 43, *De solut.*, XLVI, 3). Mais ce résultat suppose une extinction absolue, c'est-à-dire qui porte sur la totalité de la dette et ne laisse subsister aucune obligation naturelle.

Tel est le principe. Mais on y déroge, par des considérations d'utilité, en plusieurs hypothèses où l'on dit qu'il n'y a non pas extinction de l'hypothèque, mais *successio in locum* ou *in jus creditoris*. Voici les principales :

1° Un créancier hypothécaire, usant d'un droit appelé *jus offerendæ pecuniæ*, désintéresse l'un ou plusieurs des créanciers qui lui sont préférables. D'ordinaire, c'est au premier créancier qu'il offre ce rem-

devenir créancier, ou de celui qui l'a fournie de ne pas devenir débiteur. Par exemple, l'hypothèque a été convenue pour la sûreté d'un prêt que je me réserve de vous faire, s'il me plaît, ou à raison d'un bail qui n'est pas encore conclu. Si, avant la réalisation du prêt ou du bail, vous hypothéquez la chose à un autre créancier, il me sera préféré (L. 4, *Quæ res pign.*, XX, 3. — L. 1 pr.; L. 9 pr. et § 1; L. 11 pr., *Qui pot.*, XX, 4).

boursement, afin d'empêcher une vente précipitée ou qui se ferait dans des conditions désavantageuses. C'est là un service rendu non-seulement au créancier payé, mais encore aux autres créanciers dont les chances de payement vont se trouver augmentées, et au débiteur qui conserve l'espoir de ne pas perdre sa chose : aussi le recouvrement des sommes ainsi avancées est-il garanti par l'hypothèque jadis attachée à la créance éteinte (L. 5 pr., § 1, *De distr. pign.*, XX, 5. — LL. 1 et 5, C., *Qui potior.*, VIII, 18) (1).

2° Le débiteur emprunte sous la double condition que les deniers soient employés à l'acquittement de la dette hypothécaire, et que le prêteur soit subrogé dans l'hypothèque du créancier payé. La subrogation sera, en effet, la conséquence du payement une fois effectué ; et rien n'est plus équitable, cette opération rendant exactement les mêmes services que l'exercice du *jus offerendæ pecuniæ* (L. 12 § 8, *Qui pot.*).

3° Le débiteur ayant vendu la chose, l'acheteur qui paye son prix entre les mains du premier ou des premiers créanciers hypothécaires devient préférable à tous les autres pour le recouvrement des sommes ainsi payées (L. 17, *Qui pot.* — L. 3, C., *De his qui in prior. cred.*, VIII, 19). Cette hypothèque, acquise en réalité sur une chose qui devient la sienne, lui sert à tenir en respect les créanciers hypothécaires non désintéressés. Ces créanciers, en effet, conservent le droit de poursuivre et de vendre la chose. Mais pour que la vente leur soit de quelque utilité, il faut qu'elle leur procure un prix supérieur à celui qu'a donné l'acquéreur subrogé. Si donc cet acquéreur a payé la chose selon sa véritable valeur, les créanciers ne céderont guère à la tentation d'en exiger le délaissement et de la revendre (2).

Quant à l'extinction de l'hypothèque par voie principale, c'est-à-dire nonobstant la survie de la dette, elle résulte des causes suivantes :

1° *Vente de la chose par le créancier hypothécaire.* — Pourvu que cette vente soit régulière, et j'indiquerai plus loin les conditions qu'elle exige (n° 293), elle éteint l'hypothèque du créancier vendeur et les hypothèques postérieures ; mais les hypothèques antérieures, s'il y en a,

(1) Au surplus le *jus offerendæ pecuniæ* peut aussi être exercé envers un créancier inférieur (Paul, II, 13 § 8), mais alors il n'offre plus grand avantage.

(2) On verra plus loin, en matière de novation, une autre exception au principe (n° 696). Mais je ne citerai pas comme telle l'hypothèse d'une cession d'actions faite par le créancier à celui qui le paye. Les Romains, en effet, le réputent recevoir, non pas un payement, mais plutôt le prix de sa créance et des accessoires, de sorte qu'il n'y a pas véritablement survie de l'hypothèque au droit principal (L. 5 § 2, *Quib. mod. pign.*).

continuent de subsister (L. 1, *De distr. pign.*, XX, 5. — L. 1, C., *Si ant. cred.*, VIII, 20.).

2° *Renonciation du créancier.* — On n'exige jamais ici aucune solennité de formes; et cela est tout naturel, puisque la constitution même de l'hypothèque ne suppose rien au delà du simple consentement (L. 1 pr., *Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6). Du reste, la renonciation peut être tacite aussi bien qu'expresse. C'est ainsi qu'elle s'induira, selon les circonstances, de l'adhésion donnée par le créancier à une seconde constitution d'hypothèque faite au profit d'un tiers (L. 12 § 4, *Qui pot.*) (1). Il y a même des cas où la loi la présume, par exemple, si le créancier restitue au débiteur la chose engagée, s'il lui abandonne l'acte constitutif d'hypothèque (L. 7, C., *De remiss. pign.*, VIII, 26), s'il lui permet d'aliéner ou simplement de vendre sans réserver expressément son propre droit (L. 1 § 1; L. 7; L. 8 §§ 11 et 12, *Quib. mod. pign.*, XX, 6).

3° *Confusion*, c'est-à-dire acquisition de la propriété par le créancier hypothécaire. — Ce fait éteint absolument l'hypothèque de l'acquéreur, lorsqu'il n'a plus d'intérêt à s'en prévaloir, c'est-à-dire lorsqu'elle était la seule ou qu'elle ne venait qu'après toutes les autres. Si, au contraire, il y avait des créanciers hypothécaires en rang inférieur, il peut encore leur opposer son droit, à moins que les circonstances de l'acquisition ne témoignent qu'il y a renoncé (L. 30 § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2).

4° *Perte entière de la chose.* — Ainsi l'hypothèque portant sur un usufruit périt par la mort de l'usufruitier (L. 8 pr., *Quib. mod. pign.*), et celle qui grève un droit d'emphytéose ou de superficie tombe, lorsqu'à défaut de payement de la redevance l'extinction de ces droits eux-mêmes a été prononcée par le juge (L. 31, *De pign. et hyp.*).

5° *Résolution du droit du constituant* (L. 4 § 3, *De in diem add.*, XVIII, 2. — L. 3, *Quib. mod. pign.*, XX, 6).

6° *Prescription acquisitive de dix à vingt ans*, ainsi que je l'ai déjà expliqué (n°s 245 et 246) (2).

(1) Cette adhésion pourrait aussi s'interpréter comme simple renonciation du créancier à son rang hypothécaire. C'est ce que décide Marcien dans le texte cité.

(2) L'extinction *non utendo*, consacrée par le droit civil à l'égard des servitudes, parut sans doute trop rigoureuse au préteur, et c'est pourquoi il aima mieux admettre ici la *longi temporis præscriptio* qui, outre qu'elle s'accomplit par un délai beaucoup moins bref, suppose toujours la possession d'un tiers, et une possession fondée sur une juste cause et accompagnée de la bonne foi.

7° *Prescription libératoire de quarante ans.* — Ce mode d'extinction, ignoré du droit classique, fut imaginé par l'empereur Justin (L. 7, C., *De præscr. trig. vel quadr. ann.*, VII, 39). Il faut, pour en trouver l'application, supposer la créance elle-même éteinte par la prescription de trente ans. De deux choses l'une, alors : ou la chose grevée se trouve aux mains d'un tiers détenteur, et l'hypothèque s'éteint immédiatement par voie de conséquence; ou, au contraire, et c'est là notre hypothèse, la chose est restée en la possession du débiteur, et ici l'hypothèque survit pendant dix ans à l'obligation personnelle dont elle était l'accessoire (1).

V. — DES HYPOTHÈQUES NON CONVENTIONNELLES.

289 *a*. On compte trois espèces d'hypothèques qui s'établissent indépendamment de toute convention, savoir : 1° le *pignus prætorium;* 2° le *pignus judiciale*, ou, pour parler un langage plus conforme aux textes, le *pignus ex causa judicati captum;* 3° les hypothèques tacites.

Le *pignus prætorium* porte sur les biens compris dans un envoi en possession prononcé par le magistrat (L 26 pr., *De pignor. act.*). Cet envoi n'établit aucune cause de préférence entre les divers créanciers qui l'obtiennent ou en bénéficient (L. 5 §§ 3 et 4, *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4); mais, pris en masse, ils deviennent préférables à tous les créanciers postérieurs. La jurisprudence classique hésitait à attacher le droit de suite au *pignus prætorium;* et en effet, ce droit n'était pas d'une grande utilité, puisque l'envoi en possession dessaisissait le débiteur et l'empêchait de disposer. Cependant Justinien trancha la question en faveur de l'affirmative (L. 2, C., *De præt. pign.*, VIII, 22).

Le *pignus judiciale* suppose l'inexécution d'un jugement de condamnation. Pour vaincre la résistance de la partie condamnée, le magistrat qui a organisé l'instance fait saisir quelques-uns de ses biens au profit de la partie gagnante, et c'est sur ces biens que porte dès lors le *pignus judiciale* (L. 15, *De re jud.*, XLII, 1). Cette espèce d'hypothèque reste absolument soumise à la règle *Prior tempore potior jure* (L. 10, *Qui pot.*).

Quant aux hypothèques tacites, ce sont celles que la loi crée direc-

(1) En général tout droit porté en justice s'éteint au moment de la *litis contestatio* (n° 766). Mais il paraît que l'hypothèque survivait à l'exercice de l'action hypothécaire (L. 16 § 5, *De pign. et hyp.*).

tement, et cela d'ordinaire par interprétation de la volonté des parties, ou par faveur pour un créancier incapable de pourvoir lui-même à sa sûreté. Je me bornerai à quelques exemples.

Ont une hypothèque tacite spéciale : 1° le bailleur d'un bien rural, sur les fruits et récoltes (L. 7 pr., *In quib. caus. pign.*, XX, 2) (1) ; 2° le bailleur d'une maison ou d'un bâtiment quelconque, sur tous les meubles qui y ont été introduits et placés même à son insu (L. 4 pr., § 1 ; L. 7, *In quib. caus., pign.* — L. 5, C., *De loc. cond.*, IV, 65) ; 3° dans le droit de Justinien, les légataires, sur les biens de la succession (n° 380).

Ont une hypothèque tacite générale : 1° le fisc, sur les biens de ses administrateurs, sur ceux des contribuables et sur ceux des personnes qui contractent avec lui (2). Mais aucune hypothèque ne garantit le payement des sommes qui lui sont dues à titre de peine (LL. 17 et 46 § 3, *De jur. fisc.*, XLIX, 14) ; 2° les pupilles et les mineurs de vingt-cinq ans, sur les biens de leurs tuteurs et curateurs. Cette hypothèque, créée par Constantin (n°s 162 et 176), fut étendue aux fous par Justinien (L. 7 §§ 5 et 6, C., *De cur. fur.*, V, 70) ; 3° les maris et les femmes dans le droit de Justinien : ceux-là sur les biens de leur femme, pour le payement de la dot ; et celles-ci sur les biens de leur mari, pour la restitution de la dot (L. 30, C., *De jur. dot.*, V, 12. — L. 1 § 1, C., *De rei ux. act.*, V, 13).

VI. — DES PRIVILÉGES ET DES HYPOTHÈQUES PRIVILÉGIÉES.

290. *a.* Le privilége consiste en un simple droit de préférence qui tient à la qualité du créancier ou à la cause de la créance et ne peut être opposé qu'aux créanciers chirographaires (L. 9, C., *Qui pot.*, VIII, 48. — L. 74, *De jur. dot.*, XXIII, 3). Cette définition implique entre lui et l'hypothèque plusieurs différences profondes : 1° il ne comporte aucun droit de suite. Le débiteur garde donc la pleine disposition de ses biens (L. 3, C., *De serv. pign. dot.*, VII, 8) ; 2° il ne comporte pas non plus

(1) Pendant longtemps cette hypothèque supposa une convention expresse (L. 61 § 8, *De furt.*, XLVII, 2). Mais cette convention étant devenue d'un usage quotidien, on devait arriver à la sous-entendre dans le contrat de bail qui est de bonne foi.

(2) Dans la dernière moitié du second siècle de l'ère chrétienne, les obligations contractées envers le fisc n'engendraient pas encore hypothèque tacite (L. 21 pr., *Qui pot.*). Mais à l'époque de Papinien il en était déjà autrement (L. 28, *De jur. fisc.*, XLIX, 14).

le *jus distrahendi*, par conséquent ne s'exerce qu'après la vente en masse des biens du débiteur et au moment où il s'agit d'en répartir le prix (1); 3° il est primé par toute hypothèque, même postérieure en date; 4° entre les divers priviléges, les rangs s'établissent, sans égard à l'ancienneté, d'après la qualité des personnes ou des créances, d'où l'on conclut que tous ceux qui doivent leur privilége à une cause de même nature concourent entre eux (L. 7 § 3, *Depos.*, XVI, 3. — L. 32, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5).

Dans le droit classique, sont privilégiés à raison de leur qualité : 1° les femmes, sur les biens de leur mari, pour la reprise de leur dot (L. 12 pr., C., *Qui pot.*, VIII, 18); 2° les pupilles, les mineurs de vingt-cinq ans, les fous et les prodigues, sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, pour le compte que ces derniers leur doivent (n°s 162 et 176). Mais on vient de voir que tous ces priviléges, sauf peut-être celui des prodigues, finirent par être convertis en hypothèques tacites (n° 289); 3° le fisc, dans tous les cas où il n'a pas d'hypothèque (L. 10 § 2, *De pact.*, II, 14); 4° les cités (L. 3 § 1, *De reb. auct. jud.*).

Sont privilégiés à raison de la cause de leur créance : 1° celui qui a prêté, soit pour la reconstruction d'une maison, soit pour la construction, l'achat ou l'équipement d'un navire (L. 24 § 1 ; L. 26, *De reb. auct. jud.*) (2); 2° celui qui a déposé de l'argent chez un banquier ou un changeur (L. 7 § 2, *Depos.* — L. 24 § 2, *De reb. auct. jud.*) (3); 3° celui qui a avancé des frais funéraires que le patrimoine vendu doit supporter (L. 17 *pr.*, *De. reb. auct. jud.*) (4).

En combinant les deux idées de privilége et d'hypothèque, le Romains arrivèrent à créer quelques hypothèques privilégiées, c'est-

(1) Aussi est-ce au titre *De rebus auctoritate judicis possidendis* que l'on trouve le plus de textes relatifs aux priviléges.

(2) Papinien appelle ce privilége *pignus* (L. 1, *In quib. caus. pign.*).

(3) Ce privilége suppose absolument que le déposant ne recevait pas d'intérêts. Dans le cas contraire, il a fait un placement de fonds plutôt qu'un vrai dépôt, et il ne mérite pas d'être séparé des autres créanciers. D'accord sur ce point, les deux textes que je cite se contredisent quant au classement de ce privilége, l'un lui donnant le premier rang, l'autre le reléguant au dernier.

(4) Est-il sans intérêt de distinguer, comme je le fais, entre les priviléges fondés sur la qualité du créancier et ceux qui dérivent de la cause de la créance? Non. Les premiers, tels que celui du pupille, sont purement personnels, c'est-à-dire intransmissibles même aux successeurs à titre universel (L. 42, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7. — L. 19 § 1, *De reb. auct. jud.*), et ils s'éteignent par une novation volontaire (L. 29, *De nov.*, XLVI, 2). Les seconds, au contraire, sont transmissibles, et survivent, sauf intention contraire, à toute novation (L. 17 pr., *De reb. auct. jud.* — LL. 68 et 196, *De reg. jur.*, L, 17).

à-dire primant toutes créances hypothécaires, même antérieures, de même que le simple privilége prime toutes créances chirographaires. Telles sont, à titre d'exemples : 1° l'hypothèque tacite accordée à celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose (LL. 5 et 6 pr., *Qui pot.*); 2° celle du fisc, en tant du moins qu'elle garantit le recouvrement de l'impôt foncier (L. 1, C., *Si propt. publ. pensit.*, IV, 46) (1); 3° enfin, dans le dernier état de la législation de Justinien, celle des femmes mariées (L. 12, C., *Qui pot.*, VIII, 18) (2).

DE LA CAPACITÉ D'ALIÉNER.

SOMMAIRE : I. Principes généraux. — II. Exceptions au premier principe. — III. Exceptions au second principe.

I. — RÈGLES GÉNÉRALES.

291. La théorie des droits réels serait incomplète, si l'on ignorait quelles personnes peuvent aliéner et quelles personnes peuvent acquérir (3).

La première question est résolue par les deux principes suivants : 1° chacun peut aliéner sa propre chose ; 2° nul ne peut aliéner la chose d'autrui. Ces deux principes sont d'une évidence qui se suffit à elle-même; mais l'un et l'autre comportent des exceptions.

(1) Deux textes prouvent qu'en dehors de ce cas, et en principe, l'hypothèque du fisc n'est pas privilégiée (L. 8, *Qui pot.* — L. 2, C., *De privil. fisc.*, VII, 73). Il est vrai qu'en sens contraire on allègue un autre texte (L. 28, *De jur. fisc.*, XLIX, 14), qui statue sur le cas d'une hypothèque générale antérieure se rencontrant avec celle du fisc. Tout ce que le jurisconsulte décide, c'est ce que le fisc sera préféré *in re postea acquisita*, c'est-à-dire sur la chose qui n'appartenait pas encore au débiteur au moment où celui-ci contractait avec lui. Mais il ne dit nullement que sur les choses dès lors atteintes par la première hypothèque, le fisc soit préféré, quoique postérieur en date. La loi 28 déroge donc au droit commun, mais d'une manière moins complète qu'on ne l'a prétendu.

(2) C'est une question controversée entre les interprètes que de savoir comment il faut classer entre elles les hypothèques privilégiées.

(3) Dans l'examen de ces deux questions je ferai pleine abstraction des personnes morales qui, ne pouvant agir elles-mêmes, sont forcément représentées par leurs administrateurs (n° 186). Il va de soi du reste que les mots *aliéner* et *acquérir* ne se réfèrent pas seulement à la propriété, mais à tous droits réels. Cette acception large est autorisée par les textes (L. 7, C., *De reb. al. non alien.*, IV, 51).

II. — DES CAS OÙ L'ON NE PEUT ALIÉNER SA PROPRE CHOSE.

Lib. II, tit. VIII, *Quibus alienare licet vel non*, § 2. — Nunc admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque, si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. Ideoque nummi vindicari possunt, sicubi extent. Sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.

Maintenant nous devons être avertis qu'un pupille ou une pupille ne peuvent rien aliéner sans l'autorisation de leur tuteur. Et c'est pourquoi, lorsque sans cette autorisation ils livrent de l'argent à titre de prêt, ils ne font pas naître d'obligation contractuelle, parce que l'argent ne devient pas la propriété de celui qui le reçoit. Et en conséquence les deniers peuvent être revendiqués, tant qu'ils existent. Mais si l'emprunteur les a consommés de bonne foi, il est tenu de la *condictio;* s'il les a consommés de mauvaise foi, l'action *ad exhibendum* est possible contre lui.

At, ex contrario, omnes res pupillo et pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas; alioquin non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos, ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus : qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia, sine omni damno celebrata, hoc permittat; quo subsecuto, si et judex pronuntiaverit et debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter quam disposuimus solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus aut ex ea lo-

Mais, à l'inverse, un pupille ou une pupille non autorisés de leur tuteur acquièrent régulièrement la propriété d'une chose quelconque. Et partant, lorsqu'un débiteur fait un payement au pupille, l'autorisation du tuteur est nécessaire, autrement il ne se libère pas. Mais un motif de toute évidence nous a decidé, sur les suggestions de Tribonien, homme éminent, questeur de notre sacré palais, à rendre une constitution que nous avons adressée aux avocats de Césarée, et par laquelle il est décidé que le débiteur du pupille peut payer entre les mains du tuteur ou du curateur, sous la condition de s'y faire autoriser par une sentence judiciaire rendue sans frais; à cette condition, le juge ayant prononcé et le débiteur payé, ce payement

cupletior sit, et adhuc eamdem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si aut male consumpserit aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur, qui temere sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem, solverit.

sera suivi d'une pleine sécurité. Si au contraire le débiteur a payé contrairement à nos dispositions, le pupille, soit qu'il ait conservé l'argent ou qu'il s'en soit enrichi, ne peut le redemander sans être repoussé par une exception de dol. Mais s'il l'a consommé de mauvaise foi ou perdu par l'effet d'un vol, l'exception de dol ne profitera pas au débiteur, et celui-ci sera néanmoins condamné pour avoir payé sans l'autorisation du tuteur et contrairement à notre décision.

Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis, quum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est (Gaius, II, §§ 80, 82 à 84).

Mais, en sens inverse, les pupilles des deux sexes ne peuvent pas payer sans l'autorisation de leur tuteur, parce que la chose qu'ils payent ne devient pas la propriété de celui qui la reçoit, aucune aliénation ne leur étant permise quand ils ne sont pas autorisés par leur tuteur.

292. Sont absolument incapables d'aliéner, quoique propriétaires : 1° le pupille non autorisé (n° 156) ; 2° le fou dans ses moments non lucides (n° 171) ; 3° le prodigue interdit (n° 171) ; 4° dans le dernier état du droit, le mineur de vingt-cinq ans en curatelle (n° 175). — Sont frappés d'une incapacité spéciale : 1° le mari, à l'égard de l'immeuble dotal (n°s 314 et 315) ; 2° dans l'ancien droit, la femme pubère en tutelle, à l'égard de ses *res mancipi* (n° 165).

Je n'insisterai que sur l'incapacité du pupille. Les Institutes (§ 2 *sup.*) en tirent trois conséquences remarquables :

1° Le pupille non autorisé ne peut pas figurer comme prêteur dans un *mutuum* ou prêt de consommation, parce que ce contrat suppose une translation de propriété. Qu'en fait, cependant, le pupille livre son argent à titre de prêt, cela est possible ; mais alors, pas de contrat formé, pas de créance, pas de *condictio ex mutuo*. Quelle sera donc sa situation? Resté propriétaire de ses deniers, il pourra les revendiquer aussi longtemps qu'ils demeureront dans les mains de l'emprunteur. Mais si celui-ci les consomme, c'est-à-dire les place ou les

dépense, par cela même au droit de propriété du pupille succède un droit de créance, et à son action en revendication une *condictio* fondée sur le principe suivant : Partout où une tradition faite dans le double but de transférer la propriété et d'engendrer une *condictio* manque son effet translatif, la *condictio*, qui n'a pu naître tout d'abord, résulte après coup de la consommation des choses livrées, parce que dès lors l'*accipiens* se trouve par le fait du *tradens* dans la même situation que s'il fût devenu immédiatement propriétaire (LL. 14 et 19 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1). Toutefois, et malgré la généralité de ce principe, il importe de distinguer si l'emprunteur était de bonne ou de mauvaise foi au moment de la consommation des écus (1). Dans le premier cas, la *condictio* forme la seule ressource du pupille (2). Dans le second cas, il peut, s'il le préfère, exercer ou l'action *ad exhibendum* ou l'action en revendication, fondées l'une et l'autre sur ce que l'emprunteur s'est mis par son propre dol dans l'impossibilité de représenter ou de rendre les deniers (L. 9 pr., *Ad exhib.*, X, 4. — L. 36 pr., *De rei vind.*, VI, 1). Ces deux actions, c'est là leur avantage sur la *condictio*, permettent au demandeur de fixer lui-même, sous la foi du serment, le montant de la condamnation à prononcer par le juge (L. 68, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 5 § 2, *Ad exhib.*, X, 4) (3). L'action *ad exhibendum* est elle-même plus avantageuse que la *rei vindicatio*, en ce qu'elle n'oblige pas le demandeur à prouver son droit de propriété.

2° Le pupille non autorisé ne peut payer aucune dette, parce que le payement doit être translatif de propriété (4). Pour déterminer les conséquences de la tradition qu'il aurait faite à titre de payement, il faut, comme tout à l'heure, distinguer entre le créancier qui possède encore et le créancier qui a consommé. Contre celui qui possède, la rigueur des principes autorise toujours le pupille à revendiquer ; mais

(1) L'emprunteur est de mauvaise foi quand il dispose des deniers, sachant qu'il a traité avec un pupille.

(2) Cette *condictio* n'est pas identique à celle qui résulterait d'un *mutuum* valable. En effet, le contrat ne s'étant pas formé, on méconnaît ici toutes les conventions qui ont pu accompagner la numération des espèces. Ainsi l'emprunteur ne pourrait se prévaloir d'un terme ou d'une *facultas solutionis* qui lui auraient été accordés.

(3) Cette faculté est principalement utile lorsque les parties ne s'accordent pas sur la quantité ou sur la qualité des choses livrées.

(4) Cette décision s'applique évidemment à la femme pubère en tutelle, lorsque la chose qu'elle doit est *res mancipi*. Mais il n'y a jamais lieu de lui appliquer les deux autres conséquences que Justinien déduit de l'incapacité des pupilles (Gaius, II, §§ 81 et 83).

il ne réussit qu'autant que son droit s'appuie sur un intérêt sérieux, par exemple si la dette n'était que naturelle, s'il a devancé un terme non encore échu, ou s'il lui était possible de se libérer en donnant une autre chose de moindre valeur. Sinon, il échoue contre une exception de dol ; car, par hypothèse la dette étant valable, il manque à la bonne foi en exigeant du créancier la restitution d'une chose que celui-ci aurait le droit de se faire livrer immédiatement, s'il ne l'avait pas déjà reçue (L. 8 pr., *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4). Quant au créancier qui a consommé, s'il a agi de mauvaise foi, c'est-à-dire ici connaissant l'intérêt que le pupille avait à répéter, il est tenu, non-seulement de la *condictio*, mais de l'action *ad exhibendum* ou de la revendication ; s'il a été de bonne foi, la consommation a eu pour résultat de libérer le pupille, comme l'eût fait un payement translatif de propriété (L. 19 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 29, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 9 § 2, *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 8. — L. 14 § 8, *De sol.*, XLVI, 3.)

3° Le pupille non autorisé ne peut pas non plus recevoir un payement; non que la tradition manque ici son effet translatif, mais parce que c'est aliéner que se dépouiller d'une créance (Gaius, II, § 84. — L. 11 pr., *De accept.*, XLVI, 4). D'où cette conséquence que, restant créancier, il est fondé à demander un second payement, sauf à succomber devant une exception de dol, s'il est prouvé que le premier lui a profité (L. 4, *De exc.*, XLIV, 1. — L. 4 § 4, *De dol. mal. et met.*, *exc.*, XLIV, 4. — L. 15, *De sol.*, XLVI, 3). On voit par là que le débiteur qui tient à se libérer ne doit payer qu'entre les mains du pupille autorisé ou du tuteur agissant seul. Et encore reste-t-il exposé à voir son obligation revivre par l'effet d'une *in integrum restitutio*, résultat on ne peut plus choquant! car payer n'est pas chose facultative pour qui doit, et il implique contradiction que la loi nous impose un acte sans nous fournir les moyens de le faire avec pleine sécurité (1). Aussi Justinien décida-t-il que le débiteur échapperait à tout risque en faisant autoriser le payement par une sentence judiciaire rendue sans frais (§ 2, *sup.* — L. 25, C., *De adm. tut.*, V, 37) (2).

(1) Le débiteur qui avait des motifs sérieux de craindre l'*in integrum restitutio* ne pouvait-il pas, au lieu de payer, consigner la somme dans un lieu public? Son fidéjusseur le pouvait certainement (L. 64, *De fid.*, XLVI, 1). Mais n'est-ce là qu'une faveur accordée aux débiteurs accessoires, ou est-ce le droit commun?

(2) Même réforme à l'égard des débiteurs des mineurs de vingt-cinq ans.

III. — DES CAS OU L'ON PEUT ALIÉNER LA CHOSE D'AUTRUI.

Lib. II. tit. VIII, *Quibus alienare licet vel non*, § 1. — Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est ut liceat creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est per quem pignorum distractio possit procedere : cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abundeque provisum est (Gaius, II, § 64).

A l'inverse, le créancier, quoique non-propriétaire, puise dans la convention le droit d'aliéner le gage. Mais cette aliénation peut être réputée faite par la volonté du propriétaire, qui dès le moment du contrat est convenu que son créancier pourrait vendre le gage à défaut de payement. Mais par une constitution nous avons pourvu à ce que ni les créanciers ne fussent empêchés de poursuivre leur droit, ni les débiteurs légèrement dépouillés de leur propriété, et nous avons fixé des règles pour la vente du gage, règles qui protégent surabondamment et les créanciers et les débiteurs.

293. Peuvent aliéner, quoique non-propriétaires :

1° Les tuteurs et curateurs, selon les règles et dans les limites précédemment indiquées (n°s 146, 148, 176).

2° Le mandataire, soit que le mandant lui ait donné pouvoir exprès d'aliéner, soit que ce pouvoir résulte clairement des circonstances, par exemple d'une autorisation d'administrer en toute liberté (Inst., §§ 42 et 43, *De div. rer.*). Mais on ne saurait l'induire de la seule généralité du mandat (L. 63, *De procur.*, III, 3).

3° Les esclaves et les fils de famille, lorsqu'ils agissent conformément à la volonté du maître ou du père. Cette volonté peut être expresse ; elle peut aussi résulter de la concession d'un pécule avec faculté de l'administrer librement (L. 41 § 1, *De rei vind.*, VI, 1). Toutefois cette faculté exclut absolument les aliénations gratuites (L. 28 § 2, *De pact.*, II, 14. — L. 8 § 5, ~~*De distr. pign.*~~ Quib. mod. pign. solv., XX, 5. — L. 52 § 26, *De furt.*, XLVII, 2) ; et en fait, ce peut même être une question que de savoir si elle comprend tout acte de disposition à titre onéreux (L. 1 § 1, *Quæ res pign.*, XX, 3). 6/

4° Le créancier gagiste et le créancier hypothécaire (1). — La vente faite par ces personnes n'est régulière que moyennant la réunion des conditions suivantes : 1° il faut que le terme fixé par le contrat lui-même ou par une convention postérieure soit arrivé (L. 8 § 3, *De pign. act.* — L. 4, *De distr. pign.*, XX, 5); 2° dans le cas spécial où il a été convenu que le créancier ne vendrait pas, il doit, comme je l'ai déjà dit (n° 285), faire trois significations préalables au débiteur, et l'on peut conjecturer qu'en dehors même de cette hypothèse une signification était nécessaire (L. 10, C., *De pign. et hyp.*, VIII, 14); 3° il faut que le payement n'ait été ni effectué ni offert (LL. 5 et 8, C., *De distr. pign.*, VIII. 28) (2). — La vente une fois faite, le créancier commence par se payer lui-même sur le prix, et s'il y a un excédant, c'est lui qui est chargé de le distribuer aux créanciers subséquents selon leurs rangs respectifs. Que s'il ne trouve pas d'acheteurs, il ne peut ni s'approprier la chose à titre de payement, ni par conséquent l'acheter lui-même par l'intermédiaire d'une personne interposée (L. 10, C., *De distr. pign.*) (3). Mais il a le *jus impetrandi dominii*, c'est-à-dire le droit de s'adresser à l'empereur pour que celui-ci l'autorise à posséder *animo domini*. Cette possession ne doit lui être accordée qu'après des affiches apposées pendant un an et notifiées au créancier (L. 4, C., *De distr. pign.* — L. 3 pr., C., *De jur. dom. imp.*, VIII, 34) (4). Elle lui donne la propriété bonitaire et par conséquent le place *in causa usucapiendi*, mais cela sans ôter au débiteur la faculté de le désintéresser et de reprendre sa chose tant que l'usucapion n'est pas terminée (L. 63 § 4, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

(1) Justinien (§ 1 *sup.*) explique par le consentement du débiteur le droit de vendre qui est reconnu au gagiste. Cette explication, empruntée à Gaius (II, § 64), se réfère visiblement à l'époque où le gagiste ne pouvait vendre qu'en vertu d'une convention au moins tacite. Mais elle n'était plus aussi complétement vraie depuis que la défense expresse de vendre avait cessé d'être obligatoire.

(2) On remarquera que le créancier ne vend pas la chose comme sienne (L. 5 § 3, *De reb. eor.*, XXVII, 9), donc n'est pas tenu de l'obligation de garantie, telle qu'elle résulte ordinairement du contrat de vente. La seule chose qu'il garantisse, c'est la non-existence d'hypothèques préférables à la sienne (L. 1, C., *Cred. evict.* VIII, 46). En dehors de cette obligation, et de celles que lui imposerait une convention particulière, il répond simplement de son dol et est tenu de céder à l'acheteur évincé ses actions contre celui qui avait constitué le gage ou l'hypothèque (L. 11 § 16, *De act. empt.*, XIX, 1. — L. 38, *De evict.*, XXII, 2. — L. 2, C., *Cred. evict.*).

(3) Mais il peut l'acheter directement (*Fr. Vat.*, § 9. — L. 34, *De pign. act.* — L. 44, *De sol.*, XLVI, 3).

(4) Dans ce dernier texte Justinien nous apprend que la pratique s'était affranchie de cette formalité.

Tel est le droit classique. Sous Justinien, la vente implique d'abord ou signification (*denuntiatio*) faite au débiteur ou jugement obtenu contre lui, puis expiration d'un délai de deux ans. Le créancier qui alors ne trouve pas d'acquéreur ne peut s'adresser au prince qu'à la condition de faire une nouvelle signification au débiteur, si celui-ci est présent, sinon, de provoquer la fixation d'un délai par le juge. Faute de payement sur cette signification ou dans ce délai, ce qu'il demande et ce que l'empereur lui accorde, c'est la propriété même de la chose, et néanmoins le débiteur est encore admis pendant deux ans à la lui enlever, sous la condition de lui payer, avec le capital et les intérêts de la dette, le montant du préjudice causé par le retard (L. 3 §§ 1 et s., C., *De jur. dom. impet.*). Au surplus, l'observation de ces formes et délais n'est obligatoire, ainsi le veut Justinien, qu'en l'absence de conventions contraires (1). Ne dirait-on pas que l'empereur ait conscience des inconvénients de cette réglementation protectrice à l'excès, bien faite pour rebuter les capitalistes et pour couper tout crédit aux personnes gênées?

Reste à faire observer qu'en général les personnes admises à aliéner à un titre quelconque la chose d'autrui ne peuvent le faire que par voie de tradition, non par mancipation ou par *in jure cessio* (2); car ces deux actes, on l'a vu, exigent la présence et le fait du propriétaire lui-même. Que s'il en est autrement de la tradition, cela tient à ce qu'ici l'acquisition de la propriété n'est qu'une conséquence de l'acquisition de la possession. Le *tradens* ne transporte donc pas directement ce qu'il n'a pas. Il résulte de cette doctrine que si la chose est *res mancipi*, l'acquéreur a besoin de l'usucaper pour en devenir propriétaire *ex jure Quiritium* (L. 7 § 3, *De cur. fur.*, XXVII, 10), et je ne voudrais

(1) Toutefois il ne peut pas être convenu à l'avance que le créancier non payé gardera la chose, soit à titre de *datio in solutum*, soit à titre d'achat pour un prix égal au chiffre de sa créance. Il paraît bien que l'ancien droit avait distingué entre ces deux conventions et admis la validité de la seconde (L. 81 pr., *De contr. empt.*, XVIII, 1). Mais Constantin, les confondant avec raison, sous le nom de *lex commissoria*, les proscrivit l'une et l'autre comme identiques au fond et trop désastreuses pour être librement consenties par le débiteur (L. 3, C., *De pact. pign.*, VIII, 35). Nul obstacle, du reste, à la validité de la convention qui autoriserait le créancier à garder la chose sur une estimation à faire après l'échéance. Ici, en effet, le débiteur, devant être admis à débattre le prix, ne peut alléguer ni lésion ni contrainte (L. 16 § 9, *De pign. et hyp.*).

(2) Cette règle, je suis porté à le croire, ne s'appliquait pas aux fils de famille et aux esclaves autorisés par leur père ou leur maître. Les fils de famille pouvaient manciper ou céder *in jure* (arg. des lois 10 et 22, *De man. vind.*, XL, 2); les esclaves, incapables de figurer dans une *legis actio*, pouvaient seulement manciper.

pas affirmer qu'anciennement cette usucapion ne lui fût pas nécessaire alors même qu'il s'agissait d'une *res mancipi*. Dans ce système, celui qui aliène au nom d'autrui ne fournirait jamais à l'acquéreur qu'une *justa causa possidendi* (L. 16, C., *De adm. tut.*, V, 37).

DE LA CAPACITÉ D'ACQUÉRIR.

SOMMAIRE : I. Règles générales. — II. Des acquisitions faites par les personnes absolument soumises à notre puissance. — III. Renversement de l'ancienne théorie à l'égard du fils de famille. Des pécules *castrense* et *quasi castrense*, et des *bona adventitia*. — IV. Des acquisitions faites soit par l'esclave soumis à un droit d'usufruit ou d'usage, soit par les personnes libres ou esclaves que nous possédons de bonne foi. — V. De la règle : *Per extraneam personam nihil adquiritur*.

I. — RÈGLES GÉNÉRALES.

Lib. II, tit. IX, *Per quas personas nobis adquiritur*, Pr. — Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habemus; item per servos in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos vel servos alienos quos bona fide possidemus; de quibus singulis diligentius dispiciamus (Gaius, II, § 86).

Nous acquérons, non-seulement par nous-mêmes, mais encore par les personnes placées sous notre puissance, de même par les esclaves dont nous avons l'usufruit, et par les esclaves ou les hommes libres que nous possédons de bonne foi. Examinons avec soin chacune de ces hypothèses.

294. Il faut poser ici trois règles : 1° les personnes *sui juris* peuvent toujours acquérir par elles-mêmes, à l'exception du fou et du pupille *infans*, qui ne le peuvent qu'autant que l'acquisition n'exige pas un acte de volonté (1); 2° quant aux personnes *alieni juris*, incapables d'avoir un patrimoine, elles n'acquièrent évidemment rien pour leur propre compte. Mais elles fonctionnent comme instruments d'acquisition pour celui en la puissance duquel elles sont placées; 3° enfin, nul ne peut acquérir par une personne pleinement indépendante de sa puissance (*extranea persona*).

La première de ces trois règles ne comporte aucun développement.

II. — DES ACQUISITIONS FAITES PAR LES PERSONNES ABSOLUMENT SOUMISES A NOTRE PUISSANCE.

Lib. II, tit. IX, *Per quas personas nobis adquiritur*, § 3. — Item nobis

Pareillement, ce que nos esclaves reçoivent par tradition, ce qu'ils sti-

(1) Encore faut-il se rappeler que le pupille *infans* peut faire une adition d'hérédité et acquérir la possession avec l'*auctoritas* de son tuteur (nos 146 et 214).

adquiritur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa adquirant : hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obvenit; ipse enim servus qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit, non alias nisi nostro jussu hereditatem adire potest; et, si nobis jubentibus adierit, nobis hereditas adquiritur, perinde ac si nos ipsi heredes instituti essemus. Et convenienter scilicet nobis legatum per eos adquiritur. Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habemus, nobis adquiritur, sed etiam possessio; cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio nobis accedit (Gaius, II, §§ 87 et 89).

pulent, ou acquièrent en vertu d'une autre cause quelconque, nous est acquis à nous-mêmes, et cela même à notre insu et malgré nous; car l'esclave, étant sous la puissance d'autrui, ne peut rien avoir à lui. Mais, s'il est institué héritier, il ne peut faire adition d'hérédité que par notre ordre; et l'adition ainsi faite, l'hérédité nous est acquise comme si nous-mêmes avions été institués. Semblablement aussi, c'est pour nous qu'ils acquièrent des legs. Et ce n'est pas seulement la propriété qui nous est acquise par les personnes placées en notre puissance, mais aussi la possession; en effet, nous sommes réputés posséder toutes les choses dont elles ont acquis la possession, d'où il suit que par elles nous arrivons à l'usucapion ou à la possession de long temps.

295. Je m'attacherai d'abord exclusivement aux acquisitions faites par nos esclaves, parce que c'est à leur égard seulement que le droit primitif a subsisté jusqu'à la fin sans modifications.

Les règles à suivre varient selon que l'acquisition a pour objet la propriété, la possession ou une hérédité.

Propriété. — Ici le maître acquiert, même à son insu ou contre son gré, par cela seul que l'esclave fait ce qu'il faudrait pour devenir lui-même propriétaire, s'il était *sui juris*. Seulement, il y a deux modes d'acquisition qui lui sont absolument inaccessibles savoir l'*in jure cessio* et l'adjudication : l'*in jure cessio*, parce que, consistant en un procès simulé, elle implique capacité de figurer dans la procédure des *legis actiones* (1); l'adjudication, d'abord parce qu'il ne peut pas plaider, et,

(1) Gaius (II, § 96) s'exprime ici d'une manière un peu louche. L'esclave, dit-il, et plus généralement les personnes *alieni juris*, ne peuvent, attendu leur incapacité d'être propriétaires, affirmer *in jure* que telle chose leur appartient. L'idée principale du jurisconsulte est-elle que ces personnes ne peuvent prononcer efficacement une formule contenant affirmation d'un droit incompatible avec leur condition? Ce motif ne justifierait pas la décision de Gaius, puisque sans aucune diffi-

en outre, parce qu'elle présuppose chez l'adjudicataire un droit de propriété au moins indivis.

Possession. — Ici l'acquisition ne se réalise que moyennant la réunion de deux conditions spéciales : 1° il faut que le maître lui-même possède son esclave. D'où l'on conclut qu'il ne saurait acquérir la possession ni par l'esclave donné en gage (L. 1 § 15, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2) (1), ni par celui qu'un tiers possède de bonne foi (L. 21 pr., *De acq. rer. dom.*, XL, 1) ou qui vit *in libertate* (L. 31 § 2, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3) (2). Très-logiquement, quelques jurisconsultes conclurent de même dans l'hypothèse d'un esclave fugitif; mais leur doctrine, trop contraire aux intérêts du maître, ne prévalut que pour le cas où un tiers se serait déjà emparé du fugitif (L. 1 § 14, *De acq. vel amitt. poss.*) (3); 2° par application de la règle qui exige un *animus* personnel au possesseur, il faut que le maître connaisse l'appréhension de la chose par son esclave, d'où la conséquence qu'il ne commence à usucaper, s'il y a lieu, que du jour où cette connaissance lui est acquise et en le supposant de bonne foi à ce même jour (L. 2 § 12, *Pro empt.*, XLI, 4). Cependant j'ai déjà expliqué (n° 215) que cette seconde condition cesse lorsque l'esclave fait une acquisition *ex causa peculiari*. Son *animus* remplaçant alors celui du maître, qui devient possesseur sans le savoir, il en résulte que l'usucapion exige absolument la bonne foi personnelle de l'esclave, mais que, cette condition remplie, elle court immédiatement, même à l'insu du maître, et ne saurait être arrêtée sous prétexte que celui-ci serait de mauvaise foi le jour où l'acquisition arrive à sa connaissance (L. 2 §§ 10 à 13, *Pro empt.*) (4).

culté la mancipation peut être reçue par les personnes *alieni juris* (Gaius, II, § 87), et que pourtant elle implique prononciation par l'acquéreur d'une formule identique, quant au fond et quant à la forme, à celle de l'*in jure cessio*. La véritable pensée du texte est donc celle-ci : pour jouer le rôle d'acquéreur dans l'*in jure cessio*, qui est une simulation de la *legis actio*, il faut être capable de figurer comme demandeur dans un procès sérieux. Or cette capacité est refusée à toute personne *alieni juris*.

(1) Le gagiste non plus n'acquiert pas la possession par cet esclave (L. 37 pr., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1). Voilà donc, chose bizarre, un des avantages de la propriété et de la possession anéanti par la constitution de gage.

(2) Cependant le *servus in libertate* peut acquérir la possession à son maître par application de la règle : *per extraneam personam nobis possessio adquiritur* (n° 500).

(3) Une difficulté exactement semblable s'élève au sujet des acquisitions faites par l'esclave dont l'état serait l'objet d'un *judicium liberale* actuellement pendant. Elle reçoit la même solution (L. 25 § 2, *De lib. caus.*, XL, 12).

(4) Est-ce à dire qu'à l'égard des acquisitions qui concernent le pécule on fasse

Hérédités. — Les dettes d'une hérédité forment une charge inséparable de son actif, et nul ne peut être obligé, malgré soi, par le fait des personnes placées en sa puissance. De la combinaison de ces deux idées il ressort avec évidence que l'adition d'hérédité, pour profiter au maître comme pour le lier, doit être faite sur son ordre, et il faut que cet ordre soit spécial; sinon, l'adition est nulle (§ 3 *sup.* — L. 6 pr.; L. 25 § 5, *De acq. vel amitt. hered.*, XXIX, 2) (1).

Au surplus, qu'il s'agisse d'acquérir la propriété, la possession ou une hérédité, il faut toujours que l'esclave comprenne ce qu'il fait, donc ne soit ni fou ni *infans*, et qu'il n'ait pas l'intention d'agir pour un autre que son maître (L. 1 §§ 9, 10 et 19, *De acq. vel amitt. poss.*) (2).

Reste à envisager rapidement trois situations spéciales :

1° Un homme a sur l'esclave le *nudum dominium ex jure Quiritium*, un autre l'a *in bonis*. — C'est à celui-ci seul que ses acquisitions profitent, parce qu'à lui seul appartient le bénéfice réel de la propriété et la puissance dominicale (Gaius, II, § 88) (3).

2° L'esclave est commun entre plusieurs maîtres. — La logique veut que chacun d'eux ait sur chacune de ses acquisitions un droit indivis proportionnel à son droit sur l'esclave lui-même (L. 5 pr., *De stip. serv.*, XLV, 3). Par exception, néanmoins, l'esclave commun acquiert exclusivement pour l'un de ses maîtres : 1° lorsque telle est sa propre

pleine abstraction de l'*animus* du maître? Non; et ce qui le prouve, c'est que sa mauvaise foi au moment même de l'acquisition l'empêche d'usucaper, nonobstant la bonne foi personnelle de l'esclave (L. 2 § 13, *Pro empt.*).

(1) Il faut qu'au moment où l'ordre s'exécute, le maître soit encore capable de le donner (L. 47, *De acq. vel omitt. hered.*). Du reste, le maître étant *infans* ou fou, l'ordre est valablement donné par son tuteur ou par son curateur (LL. 50 et 63, *De acq. vel omitt. hered.*).

(2) Les textes nous présentent ici une controverse : soit une tradition reçue par un esclave qui entend acquérir pour un autre que son maître, alors qu'au contraire, dans la pensée du *tradens*, c'est bien au profit du maître que l'acquisition doit se réaliser. Faudra-t-il décider que la volonté du *tradens* l'emporte sur celle de l'esclave, et qu'en conséquence la possession et, s'il y a lieu, la propriété sont acquises au maître? C'était la doctrine d'Ulpien (L. 13, *De donat.*, XXXIX, 5). Julien, au contraire, considérait l'acte comme entièrement nul (L. 37 § 6, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1). La même controverse s'élevait sur les effets de la tradition reçue par un mandataire. La doctrine d'Ulpien paraît plus équitable; mais Julien se conforme plus sévèrement aux principes anciens, et l'on remarquera que son langage est aussi beaucoup plus affirmatif.

(3) Toutefois, dans l'opinion la plus accréditée, cet esclave pouvait, en exprimant sa volonté à cet égard, acquérir pour le *nudus dominus ex jure Quiritium* (Gaius, III, § 166).

volonté formellement exprimée; ou, pour parler comme les Romains, lorsqu'il traite *nominatim* dans l'intérêt de l'un d'eux (1); 2° lorsqu'il agit sur l'ordre d'un seul (2); 3° lorsque par la force des choses l'acquisition ne peut pas se réaliser au profit de tous, par exemple s'il s'agit d'une servitude prédiale constituée en faveur d'un fonds qui appartient tout entier à l'un des maîtres (L. 12, *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 8. — L. 7 § 1; LL. 8 et 9 pr; L. 18 § 1, *De stip. serv.*) (3).

3° L'esclave est compris dans une hérédité jacente. — Régulièrement, toute acquisition lui serait impossible, attendu qu'il est *res nullius* comme l'hérédité elle-même. Mais, grâce à la fiction *Hereditas personam sustinet*, il acquiert, pour cette hérédité, au fond par conséquent pour celui qui la recueillera plus tard (4). Toutefois la fiction ne saurait effacer absolument la réalité, et l'esclave héréditaire ne peut acquérir ni la possession, si ce n'est *ex causa peculiari*, car l'hérédité n'a pas d'*animus;* ni une hérédité, car nul ne peut lui donner l'ordre de faire adition; ni enfin un usufruit ou une autre servitude personnelle, car de telles servitudes supposent essentiellement une personne à qui elles soient attachées (n° 273).

296. Dans le système de l'ancien droit romain, le fils de famille, la femme *in manu* et l'homme libre *in mancipio*, comparables en cela à

(1) S'il s'agit d'une acquisition par mancipation, l'esclave qui veut la réaliser au profit d'un seul de ses maîtres doit le désigner expressément dans la formule qu'il prononce. C'est ce que nous apprend un passage de Gaius (III, § 167) duquel on a conclu, à grand tort, que toute mancipation reçue par un esclave énonce nécessairement que l'acquisition est faite pour son maître. On allègue, il est vrai, en faveur de cette opinion, que, ne pouvant être propriétaire, l'esclave ne doit pas pouvoir prononcer la formule ordinaire : *Aio hanc rem meam esse*, etc. Mais je réponds que l'esclave ne peut pas non plus être créancier; et cependant, lorsqu'il stipule *sibi*, la stipulation est valable (L. 1 pr., *De stip. serv.*).

(2) Telle était anciennement l'opinion de l'école Sabinienne (Gaius, III, § 167 *a*), et Justinien la consacra (Inst., § 3, *Per quas pers. nob. obl. adq.*, III, 28). Mais que décider si l'esclave, agissant par l'ordre de l'un de ses maîtres, déclarait expressément vouloir acquérir pour l'autre? Justinien veut que l'acquisition profite alors à ce dernier (L. 3, C., *Per quas pers. nob. adq.*, IV, 27).

(3) Si l'on suppose que l'acquisition a été faite *ex re alterius dominorum*, que par exemple l'esclave a employé à l'achat d'un fonds des deniers appartenant à un seul de ses maîtres, la chose ainsi acquise n'en est pas moins commune selon la règle; mais il entre dans l'office du juge de l'action *communi dividundo* de l'adjuger tout entière et hors part à celui des maîtres qui en a fourni le prix (L. 24 pr., *Comm. div.*, X, 3. — L. 45, *De acq. rer. dom.*).

(4) Si donc personne ne faisait adition d'hérédité, les acquisitions de l'esclave héréditaire s'évanouiraient, ce qui revient à dire qu'elles sont toujours subordonnées à une condition tacite. Une observation semblable doit être présentée au sujet des acquisitions faites par l'esclave d'un captif (L. 73 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1).

l'esclave, ne pouvaient, comme lui, rien acquérir que pour la personne qui les avait en sa puissance. L'acquisition, en ce qui concerne la propriété et les hérédités, s'opérait exactement selon les règles que je viens d'exposer; à l'égard de la possession, on dut exiger une condition de moins, puisque ces personnes n'étaient pas considérées comme pouvant faire l'objet d'une possession proprement dite. Ce motif porta même les jurisconsultes à douter que l'on pût acquérir la possession par l'intermédiaire des personnes *in manu* ou *in mancipio* (Gaius, II, § 90) (1). De cette ancienne théorie qui restreignait si singulièrement le nombre des propriétaires, que reste-il sous Justinien? Bien peu de chose; on a vu, en effet, que la *manus* et le *mancipium* disparurent sur la fin de l'époque classique; quant au fils de famille, on va voir qu'un travail de cinq siècles, commencé dès le début de l'empire, le déroba petit à petit à la rigueur de la règle primitive, de telle sorte que dans le dernier état de la législation il acquiert en principe pour lui-même, exceptionnellement pour son père.

III. — RENVERSEMENT DE L'ANCIENNE THÉORIE A L'ÉGARD DES FILS DE FAMILLE. — DES PÉCULES *castrense* ET *quasi castrense*, ET DES *bona adventitia*.

Lib. II, tit. IX, *Per quas personas nobis adquiritur*, § 1. — Igitur liberi nostri utriusque sexus, quos in potestate habemus, olim quidem quidquid ad eos pervenerat, exceptis videlicet castrensibus peculiis, hoc parentibus suis adquirebant sine ulla distinctione. Et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia quod per unum vel unam eorum adquisitum est, alii filio vel extraneo donare vel vendere, vel quocumque modo alienare. Quod nobis inhumanum visum est, et generali constitutione emissa, et liberis pe-

Autrefois donc, les enfants des deux sexes que nous avons en notre puissance, n'acquéraient rien, sauf le pécule *castrense*, que pour leur père. On ne faisait aucune distinction, et le père devenait si bien propriétaire des choses acquises par l'un de ses enfants qu'il pouvait les donner à un autre enfant, même à un étranger, ou les vendre ou les aliéner d'une façon quelconque. Cela nous a paru inhumain, et par une constitution générale nous avons tout ensemble ménagé les enfants et réservé aux pères ce qui leur

(1) Ce doute ne se conçoit guère à l'égard de la femme *in manu*, puisqu'elle est assimilée au fils de famille, et que le fils de famille acquiert sans difficulté la possession pour son père.

percimus, et patribus debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum patri adquirat : quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, hujus usumfructum quidem patri adquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accessit, hoc ad alium perveniens luctuosum ei procedat.

§ 2. — Hoc quoque a nobis dispositum est et in ea specie ubi parens emancipando liberum, ex rebus quæ adquisitionem effugiunt, sibi tertiam partem retinere, si voluerat, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis; et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum, ex hac emancipatione, dominio pro parte tertia defraudetur, et quod honoris ei ex emancipatione additum est, quod sui juris effectus est, hoc per rerum deminutionem decrescat. Ideoque statuimus ut parens, pro tertia eorum bonorum parte dominii quam retinere poterat, dimidiam, non dominii rerum, sed ususfructus, retineat; ita etenim et res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

est dû. Nous avons donc décidé que les acquisitions provenant des biens du père lui appartiendront selon la règle ancienne, car pourquoi ne pas vouloir que ce qui est parti de lui retourne à lui? mais, qu'à l'égard de celles qui résultent d'une autre cause, l'enfant en acquerra bien l'usufruit à son père, mais en conservera lui-même la propriété, de telle sorte que le fruit de ses labeurs ou de sa bonne fortune ne devienne pas pour lui, tombant aux mains d'autrui, une cause de douleur.

Nous avons aussi prévu le cas où le père émancipe son enfant : des constitutions antérieures l'autorisaient à retenir, en quelque sorte comme prix de l'émancipation, le tiers des biens dont la propriété lui échappe, et il arrivait ainsi quelque chose d'inhumain : c'est que par cette émancipation le fils perdait le tiers de la propriété de ses biens, et ce qu'il acquérait de considération en devenant *sui juris* était affaibli par la diminution de ses biens. C'est pourquoi nous avons décidé qu'au lieu du tiers en propriété que le père pouvait retenir, il ne retiendrait plus qu'une moitié en usufruit : de cette façon le fils gardera ses biens intacts, et le père jouira d'une somme plus forte, d'une moitié au lieu d'un tiers.

297. De tout temps le père de famille romain put confier à son fils, comme à son esclave (n° 41), une certaine quantité de biens pour les

faire valoir et les administrer sous le nom de pécule (1). Mais cette concession, essentiellement réductible et révocable, ne transportait au fils aucun des attributs du droit de propriété, et le pécule restait, à tous égards, compris dans le patrimoine du père. Rien de choquant dans ce résultat : ce qui était moins naturel, c'est que le fils de famille n'eût aucun droit sur les biens qu'il avait acquis sans le fait de son père, et que de tels biens ne fussent pas même nécessairement compris dans son pécule. Une triple réaction s'opéra contre cette iniquité, et, dès le IVe siècle, le fils de famille pouvait avoir la propriété plus ou moins pleine de trois catégories de biens que les Romains appellent pécule *castrense*, pécule *quasi castrense* et *bona adventitia*

Pécule *castrense*. — Ce pécule, dont la création paraît remonter au règne d'Auguste (Inst., pr., *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 12), comprend tout ce que le fils de famille a pu acquérir comme militaire et qu'il n'aurait point acquis sans cette qualité, non-seulement donc les économies réalisées sur sa solde et sur ses bénéfices dans le butin, mais, ce qui est plus important, les libéralités de toutes sortes qui lui ont été faites en considération de sa qualité de militaire (L. 11, *De castr. pec.*, XLIX, 17) (2).

Pour caractériser les droits du fils de famille sur les biens ainsi acquis, on dit qu'à leur égard il est réputé *paterfamilias* (L. 2, *De sct. Maced.*, XIV, 6); et voici les principales conséquences de cette formule : 1° le pécule *castrense* échappe pleinement au droit de disposition du père, et par conséquent ne compte pas non plus dans le gage de ses créanciers (Inst., pr., *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 12); 2° le fils de famille a toute liberté d'aliéner et d'obliger son pécule *castrense;* d'où il suit qu'institué héritier *ex causa castrensi*, il fait valablement adition sans ordre de son père (L. 5, *De castr. pec.*), et que, voulant emprunter de l'argent, il ne se heurte plus contre la prohibition du sénatus-consulte Macédonien (L. 1 § 3, *De sct. Maced.*); 3° pareillement, il est capable d'exercer, même contre le gré de son père, toutes les actions qui dépendent du pécule *castrense* (L. 4 § 1, *De castr.*

(1) L'usage de constituer des pécules avait pour avantage ordinaire de simplifier l'administration d'un patrimoine considérable. A l'égard du fils de famille, elle avait une utilité plus grande : elle le préparait par la pratique à devenir lui-même un bon *paterfamilias*.

(2) Auguste, qui confisqua tant de terres pour les distribuer à ses soldats, s'aperçut aisément que ceux d'entre eux qui étaient fils de famille ne les acquerraient pas pour eux-mêmes. Et c'est sans doute afin de ne pas manquer le but de ses libéralités intéressées qu'il imagina le pécule *castrense*.

pec.); 4° bien qu'en principe il ne puisse être ni créancier ni débiteur de son père (L. 16, *De furt.*, XLVII, 2), il le devient très-régulièrement à l'occasion du pécule *castrense*, et cela rend possibles des actions en justice dans lesquelles l'un figure comme demandeur et l'autre comme défendeur (L. 15 §§ 1 et 2, *De castr. pec.* — L. 4, *De jud.*, V, 1); 5° enfin, le pécule *castrense* n'est pas plus compris dans la succession du père mort qu'il ne l'était dans les biens du père vivant, et par conséquent le fils qui, s'il eût été émancipé ou donné en adoption, l'aurait emporté avec lui, le garde toujours, héritier ou non, et cela sans jamais l'imputer sur sa part héréditaire (L. 12, *De castr. pec.* — Inst., pr., *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 12).

Toutefois cette assimilation du pécule *castrense* à un véritable patrimoine, et du fils de famille qui en est propriétaire à un *paterfamilias*, ne fut jamais, au moins jusqu'à Justinien, d'une complète exactitude. C'est la règle, en effet, que tout père de famille peut tester, et qu'à sa mort son patrimoine se transforme en une hérédité, soit qu'il ait usé ou non de cette faculté. Or, dans le principe, le fils de famille ne pouvait pas, à moins d'être militaire, tester *de peculio castrensi*, et lui mort, ce pécule, changeant immédiatement de nature, et cela avec effet rétroactif, se confondait dans le patrimoine paternel selon les mêmes règles qu'un pécule ordinaire (1). Adrien concéda d'une manière générale au fils de famille le droit de tester *de peculio castrensi*, mais sans lui reconnaître la capacité de laisser une hérédité *ab intestat*. Donc, avait-il testé : l'institué, que ce fût son père ou un tiers, recueillait le pécule *jure hereditario* (2). N'avait-il pas testé : c'est ici

(1) Cette doctrine a pour résultat de valider les actes de disposition que le père aurait faits du vivant de son fils relativement aux objets compris dans le pécule *castrense*. Jusque-là le sort de ces actes était *in pendenti* (L. 98 § 3, *De solut.*, XLVI, 3).

(2) Quelle était la condition du pécule en attendant que l'institué se fût prononcé? et, une fois qu'il avait pris parti, fallait-il attacher une certaine rétroactivité à l'adition ou à la répudiation? Ces questions firent l'objet de controverses entre les jurisconsultes. Voici quelle était la doctrine de Papinien : tant que l'institué n'a pas exercé son option, le pécule ne peut pas être assimilé à une hérédité jacente : mais l'adition par lui faite rétroagit en ce sens qu'elle donne lieu à l'application de la règle *Hereditas personam defuncti sustinet*, donc valide toutes les acquisitions que les esclaves du pécule ont pu réaliser depuis le décès. Cependant celles qu'aurait faites un esclave indivis entre le pécule et un tiers appartiendraient exclusivement à celui-ci, comme faites à une époque où l'esclave n'avait pas deux maîtres, ou, si l'on aime mieux, ne pouvait acquérir que pour un seul. Quant à la répudiation de l'institué, elle saisit le père, mais sans rétroactivité, de sorte qu'il ne peut pas bénéficier des acquisitions faites pendant le temps intermédiaire par les esclaves du pécule (L. 18 pr., *De stip. serv.*, XLV, 3. — L. 14 § 1, *De castr.*

qu'on refusait absolument de l'assimiler à un *paterfamilias* (L. 10 pr., *Ad sct. Tertul.*, XXXVIII, 17). Et son pécule, dépouillé de son caractère spécial, passait toujours au père comme un pécule ordinaire, *jure peculii*, disent les textes, et non pas *jure hereditario*. Ce n'est pas là pure affaire de mots, et des différences profondes séparent ici la condition du père de celle d'un héritier : 1° la propriété du pécule lui appartient immédiatement, et cela même malgré lui, tandis qu'héritier il aurait besoin de faire adition et pourrait toujours répudier; bien plus, cette acquisition rétroagit, et ainsi se trouvent de plein droit validés tous les actes par lesquels il aurait antérieurement disposé d'un objet compris dans le pécule (L. 44 pr., *De leg.* 1°, XXX. — L. 98 § 3, *De solut.*, XLVI, 3); 2° il ne répond des dettes que par l'action *de peculio*, c'est-à-dire pendant une année utile et jusqu'à concurrence de l'actif du pécule; héritier, il serait tenu à perpétuité et pour le tout (L. 17 pr., *De castr. pec.*) ; 3° il peut bien revendiquer individuellement les divers objets compris dans le pécule, mais on lui refuse l'action *in rem generalis* qu'on donne à tout héritier (L. 56, *De rei vind.*, VI, 1); 4° toute soustraction commise au préjudice du pécule permet d'exercer l'action *furti*, tandis que la soustraction d'une chose héréditaire n'est pas considérée comme *furtum* (L. 33 § 1, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

Tel fut le droit en vigueur jusqu'à Justinien. Mais ce prince décida que le pécule *castrense* du fils de famille mort intestat n'appartiendrait plus à ses ascendants qu'à défaut de descendants et de frères ou sœurs du défunt, mais qu'alors il leur appartiendrait *jure communi* (Inst., pr., *Quib. non est permiss.*, II, 12). Or, si l'on songe que, d'après le droit commun du temps de Justinien, les biens acquis par un fils de famille ont le caractère de biens adventices, que de tels biens, dès l'époque de la rédaction des Institutes, donnaient lieu à une véritable succession *ab* intestat (1), et que l'ordre de dévolution de cette succession est justement celui que Justinien adopte ici, il paraîtra bien vraisem-

pec.). Avec plus de raison, Ulpien (L. 33 pr., *De acq. rer. dom.* — L. 9, *De castr. pec.*) admet la rétroactivité même en ce dernier cas; et en effet, pourquoi distinguer entre le père qui recueille le pécule à défaut de testament, et le père qui le recueille faute d'adition par l'institué? On remarquera que le second des textes précités de Papinien paraît, après avoir rejeté l'opinion d'Ulpien, l'admettre dans sa dernière phrase, comme un correctif équitable à la rigueur des principes. Mais il est fort probable que cette phrase, d'une latinité médiocre, a été ajoutée par Justinien. Je ferai la même remarque sur la phrase qui termine un texte de Tryphoninus tout à fait conforme à l'opinion de Papinien (L. 19 § 5, *De castr. pec.*).

(1) Voir sur ce point la date et le contenu de deux constitutions de Justinien (L. 11, C., *Comm. de succ.*, VI, 59. — L. 6, C., *De bon. quæ lib.*, VI., 61).

blable que la pensée de l'empereur doit se traduire par cette formule : le pécule *castrense* du fils intestat sera recueilli par le père à titre de véritable succession, et non plus à titre de simple pécule (1). En d'autres termes, Justinien consomme l'assimilation du pécule *castrense* à un patrimoine ordinaire.

Pécule *quasi castrense*. — Ce pécule fut créé par Constantin, en l'année 321, pour les fils de famille qui occupaient un office ou un emploi dans le palais de l'empereur (*palatini*); et il comprit, soit les économies qu'ils avaient pu réaliser sur leur traitement, soit les dons à eux faits par le prince (L. unic., C., *De castr. omn. palat. pecul.*, XII, 31). Plus tard, les avocats, les *agentes in rebus* (2), et finalement, sous Justinien, tous les fonctionnaires rétribués par l'État purent avoir un pécule *quasi castrense* (L. 37 pr., C., *De inoff. test.*, III, 28. — L. 4, C., *De adv. div. jud.*, II, 7) (3).

Le nom même de ce pécule indique qu'en principe il était soumis aux mêmes règles que le pécule *castrense*. Une seule différence l'en séparait dans le droit antérieur à Justinien : c'est que la faculté d'en disposer par testament était un privilége réservé à certains fils de famille. Mais Justinien l'accorda à tous d'une manière générale (Inst., § 6, *De milit. test.*, II, 11. — L. 12, C., *Qui test. fac.*, VI, 22), et sans doute, en l'absence de testament, ce pécule dut être dévolu désormais selon les règles nouvelles que j'ai développées à propos du pécule *castrense*.

298. *Bona adventitia* ou pécule *adventitium* (4). — La création des

(1) En sens contraire on se fonde sur la paraphrase de Théophile qui explique les mots *jure communi* du texte précité comme équivalents à *jure peculii*. Mais alors quelle bizarrerie! Le fils de famille laisse-t-il un enfant ou un frère : il a une succession légitime. Ne laisse-t-il que son père ou son grand-père : plus de succession. Dans la doctrine de Théophile, le grand-père et le père existants tous les deux, c'est le grand-père qui sera préféré, comme investi de la puissance paternelle. — Au surplus, sans nul doute la novelle 118, qui refondit tout le système des successions légitimes, s'applique aussi aux *bona castrensia*. Dès lors la difficulté soulevée par le texte de Théophile disparaît.

(2) On appelait ainsi de hauts espions que l'empereur envoyait dans les provinces. Ammien Marcellin constate leur avidité (XVI, 5, n° 11).

(3) Plusieurs textes du Digeste (L. 1 § 6, *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1. — L. 3 § 5, *De bon. poss.*, XXXVII, 1. — L. 1 § 15, *De coll.*, XXXVII, 6. — L. 7 § 6, *De donat.*, XXXIX, 5) mentionnent le pécule *quasi castrense* à côté du pécule *castrense;* quelques-uns même les présentent comme pouvant l'un et l'autre faire l'objet d'un testament. Mais cela même démontre que la mention du pécule *quasi castrense* est interpolée, et en conséquence on ne saurait légitimement conclure de ces textes que ce pécule fût connu du droit classique.

(4) L'expression *pécule adventice* a été créée par les interprètes. Je m'en servirai

deux précédents pécules ne procédait certainement pas d'une idée générale de justice, et n'avait pas pour but direct de restituer aux fils de famille leur droit naturel sacrifié par l'arbitraire d'une législation aristocratique. Le pécule *castrense* était né des besoins et des inquiétudes du despotisme militaire, le pécule *quasi castrense* naquit des petitesses de l'esprit de cour. Tout autre fut le caractère du pécule adventice, fondé sur cette considération que le père de famille ne doit pas s'enrichir d'une fortune qui n'est pas son œuvre et qui ne lui a pas été destinée, pécule accessible par conséquent non plus seulement à certaines classes privilégiées de fils de famille, mais à tous, et même aux filles de famille. Créé par Constantin, il ne comprit d'abord que les biens recueillis par l'enfant à titre d'héritier testamentaire ou légitime de sa mère (L. 1, C., *De bon. mat.*, VI, 60). Plus tard, la donnée première s'élargissant, les empereurs Honorius et Arcadius y firent entrer tous les biens provenant à un titre gratuit quelconque, soit de la mère, soit des ascendants maternels (L. 2, C., *De bon. mat.*); Théodose et Valentinien, les dons et legs faits par le conjoint ou le fiancé (LL. 1 et 5, C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61); enfin Justinien, tous les biens qui ne sont ni *castrensia* ni *quasi castrensia* et que l'enfant ne doit pas à la libéralité de son père (L. 6, *De bon. quæ liber. in pot.*, VI, 61). Quant à la condition du pécule adventice, on peut la résumer ainsi : 1° l'enfant n'en a que la nue propriété, mais c'est le père qui l'administre et en jouit (1); 2° ce pécule ne comporte pas, même dans le droit de Justinien, la faculté de disposer par testament (Inst., pr., *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 12); 3° en cas de décès du fils de famille, il est recueilli *jure peculii* par son père. Mais Justinien, généralisant une exception admise par ses prédécesseurs, en fit l'objet d'une véritable succession *ab intestat* à laquelle sont appelés les enfants du défunt, à leur défaut les frères et sœurs *ex eodem matrimonio*, puis les frères et sœurs *ex alio matrimonio*, enfin ses ascendants mâles de la ligne paternelle (n° 438).

L'organisation de ce pécule exposait le fils de famille à un danger spécial : c'est que le père était intéressé à ne pas l'émanciper, pour ne

néanmoins sans scrupule, parce qu'elle est commode et n'a rien d'inexact. Une constitution de Justinien (L. 37 pr., C., *De inoff. test.*, III, 28) parle d'un *peculium paganum*. Mais sont-ce les *bona adventitia* qu'elle désigne ainsi, ou n'est-ce pas plutôt le pécule primitif, celui que les interprètes appellent profectice?

(1) Il y a des cas exceptionnels où certains biens échappent à l'usufruit du père (Nov. 117, cap. 1; Nov. 118, cap. 2).

pas perdre, avec sa puissance paternelle, l'usufruit qui en était la conséquence. Dès le principe, Constantin avait atténué ce danger en permettant au père émancipateur de retenir, comme prix de l'émancipation, un tiers du pécule adventice (L. 6 § 3, C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61). Mais à ce tiers Justinien substitua l'usufruit d'une moitié, croyant ainsi traiter plus favorablement le père et tout ensemble ménager mieux les intérêts du fils (§ 2 *sup.* — L. 6 § 3, C., *De bon. quæ lib.*).

Un autre inconvénient résultait du conflit des droits du père et du fils sur le pécule adventice. Le père, simple usufruitier, ne pouvait, en principe, ni exercer une action en justice ni faire aucun acte de disposition sans l'assentiment du fils. Dès lors, que décider s'ils se trouvaient en désaccord sur l'acceptation ou la répudiation d'une hérédité ouverte au profit de ce pécule? Justinien (L. 8, C., *De bon. quæ lib. in pot.*) résolut la question en distinguant trois hypothèses : 1° si le fils est majeur de vingt-cinq ans, chacun des deux peut prendre le parti qui lui convient. Mais l'adition faite par un seul n'enrichit ou ne grève que lui-même; 2° lorsque le fils est mineur de vingt-cinq ans, mais pubère, le père peut encore à son gré faire adition ou répudier. S'il fait adition, le fils est lié, sauf à solliciter le remède de l'*in integrum restitutio;* s'il répudie, le fils reste libre de faire adition avec le consentement d'un curateur spécial; 3° enfin, le fils étant supposé impubère, le père est dispensé de le consulter; mais en répudiant, il ne lui ôte pas le droit de faire adition plus tard, et en acceptant, il ne le lie que sous la réserve de l'*in integrum restitutio.*

Pour conclure, demandera-t-on, dans ce dernier état de la législation, ce qui reste de l'ancien principe? Le voici : 1° les acquisitions faites par le fils de famille tombent pour la plus grande partie dans le pécule adventice; on peut donc dire qu'en principe elles appartiennent encore au père quant à l'usufruit; 2° Les biens dont son père lui fait donation demeurent la pleine propriété de celui-ci. Seuls ils restent de tous points soumis aux règles qui autrefois gouvernaient le pécule proprement dit des fils de famille et qui gouvernent encore celui des esclaves, et c'est pourquoi l'usage des interprètes est de les opposer, sous le nom de *peculium profectitium* (c'est-à-dire *a patre profectum*), aux *bona castrensia*, *quasi castrensia* et *adventitia* (§ 1 *sup.*) (1).

(1) Tous les textes du Digeste qui parlent sans préciser du pécule du fils de famille ne se réfèrent plus, dans la pensée de Justinien, qu'à ce pécule *profectitium.*

IV. — DES ACQUISITIONS FAITES, SOIT PAR L'ESCLAVE SOUMIS A UN DROIT D'USUFRUIT OU D'USAGE, SOIT PAR LES PERSONNES LIBRES OU ESCLAVES QUE NOUS POSSÉDONS DE BONNE FOI.

Lib. II, tit. IX. *Per quas personas nobis adquiritur*, § 4. — De iis autem servis in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis adjiciatur; quod vero extra eas causas persecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat : itaque si is servus heres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis adquiritur. Idem placet et de eo qui a nobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus : quod enim placuit de usufructuario, idem placet et de bonæ fidei possessore : itaque quod extra istas duas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, quum usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi adquirere potest; fructuarius vero usucapere non potest, primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi, deinde quia scit servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos in quibus usumfructum habemus, vel quos bona fide possidemus, aut per liberam personam quæ bona fide nobis servit, nobis adquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum definitionem quam proxime exposuimus, id est

A l'égard des esclaves dont nous n'avons que l'usufruit, on a admis que les acquisitions qu'ils réalisent à l'aide de nos biens ou de leurs travaux nous appartiennent; mais que toutes celles qui proviennent d'une autre cause profitent au nu propriétaire : et c'est pourquoi, si un tel esclave est institué héritier, s'il reçoit un legs ou une donation, ce n'est pas l'usufruitier qui acquiert, mais le nu propriétaire. On décide de même quant à la personne que nous possédous de bonne foi, sans distinguer si elle est libre ou esclave; en effet, les règles admises à l'égard de l'usufruitier ont été également appliquées au possesseur de bonne foi. Aussi tout ce qui est acquis en dehors de ces deux causes appartient ou à la personne possédée, si elle est libre, ou à son maître, si elle est esclave. Mais le possesseur de bonne foi, lorsqu'il a usucapé l'esclave, devenant ainsi propriétaire, peut acquérir par lui en vertu d'une cause quelconque; l'usufruitier, au contraire, ne peut pas usucaper, d'abord parce qu'il n'a pas la possession, mais seulement le droit d'user et de jouir, ensuite parce qu'il sait bien que l'esclave appartient à autrui. Mais ce n'est pas seulement la propriété que nous acquérons par les esclaves dont nous avons l'usufruit ou par les personnes libres ou esclaves que

si quam possessionem ex re nostra vel ex suis operis adepti fuerint (Gaius, II, §§ 91 à 94).

nous possédons de bonne foi, c'est aussi la possession. Du reste, à l'égard des unes et des autres, nous nous référons à la règle précédemment posée, c'est-à-dire que nous supposons la possession acquise à l'aide de nos biens ou de leurs travaux.

299. Si nous acquérons d'une manière générale par les personnes soumises à notre puissance, nous acquérons aussi, mais seulement dans des cas déterminés, par l'esclave sur lequel nous n'avons qu'un droit d'usufruit ou d'usage, et par les personnes esclaves ou libres que nous possédons de bonne foi (§ 4 *sup.*). Il faut passer en revue successivement ces quatre hypothèses :

1° *Esclave soumis à un droit d'usufruit.* — En principe, cet esclave, soit qu'il agisse spontanément ou par l'ordre de l'usufruitier, continue d'acquérir pour son maître (L. 31, *De stip. serv.*, XLV, 3) (1). Il n'y a que deux cas où ses acquisitions soient pour l'usufruitier : c'est lorsqu'elles proviennent *ex operis servi* ou *ex re fructuarii.* Dans le premier cas, l'usufruitier ne fait que recueillir le bénéfice de son *jus fruendi ;* dans le second cas, son droit repose sur ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui (2).

L'acquisition *ex operis servi* est proprement celle qui porte sur les loyers et salaires du travail de l'esclave mis au service d'un tiers (3).

L'acquisition *ex re fructuarii* a pour objet : 1° ce que l'esclave achète ou reçoit à un titre onéreux quelconque, moyennant une valeur fournie par le patrimoine de l'usufruitier (4); 2° les libéralités entre-

(1) Ainsi, lorsqu'il trouve un trésor, c'est le propriétaire seul qui peut revendiquer la moitié attribuée à l'inventeur (L. 63 § 3, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

(2) Malgré le caractère absolu de ces motifs, l'acquisition se réaliserait au profit du nu propriétaire, si l'esclave déclarait expressément (*nominatim*) son intention d'acquérir pour le *nudus dominus.* Mais alors l'usufruitier aurait contre celui-ci une *condictio* pour se faire indemniser (L. 39, *De stip. serv.*, XLV, 3).

(3) L'usufruitier profite aussi des acquisitions de l'esclave, lorsqu'il le fait travailler directement pour son compte. Mais ici il y a plutôt transformation de matières qu'acquisition proprement dite. Tel est bien le point de vue d'Ulpien (L. 14 pr., *De us. et hab.*, VII, 8).

(4) Il ressort de là que si l'esclave qui achète quelque chose fournit une satisfaction au lieu de payer son prix comptant, le sort de l'acquisition reste provisoirement *in pendenti.* Est-ce au nu propriétaire qu'elle appartient ou à l'usufruitier? On le

vifs ou par décès qu'un tiers lui a faites en considération de l'usufruitier (LL. 22 ~~et 23~~, *De usuf.*, VII, 1) (1); 3° enfin les dons qu'il reçoit de l'usufruitier lui-même (L. 31, *De usuf.*). Ces dons forment un véritable pécule dont l'usufruitier conserve la propriété bien plutôt qu'il ne l'acquiert. 21, et,

Ces principes s'appliquent-ils à l'acquisition de la possession comme à celle de la propriété? On en doutait au temps de Gaius (II, § 94), et le doute dérivait de ce que l'usufruitier ne possède pas l'esclave. Mais il disparut devant cette considération que le fils de famille, qui n'est jamais possédé par son père, lui acquiert pourtant très-régulièrement la possession (L. 1 § 8, *De acq. vel amitt. poss.*) (2). Aussi, là où Gaius posait une question, Justinien affirme sans hésiter (§ 4 *in fine, sup.*).

2° *Esclaves soumis à un droit d'usage.* — Les principes sont exactement les mêmes, sous cette seule réserve que l'usager, ne pouvant pas donner à bail, n'acquiert jamais par les *operæ* de l'esclave, telles que je les ai définies (L. 14 pr., *De us. et hab.*, VII, 8).

3° *Esclave d'autrui possédé de bonne foi par un tiers.* — Le possesseur de bonne foi, à raison de son droit général aux fruits de la chose (n° 250), acquiert nécessairement *ex operis servi;* quant aux acquisitions résultant *ex re sua*, le motif d'équité que j'énonçais tout à l'heure exige aussi qu'on les lui attribue. Est-ce à dire que de tout point sa condition soit identique à celle de l'usufruitier? Non; elle est tout à la fois meilleure et moins avantageuse : meilleure, en ce qu'il peut usucaper et désormais acquérir par l'esclave en vertu d'une cause quelconque; moins avantageuse, en ce que, perdant sa bonne foi, il perd immédiatement par voie de conséquence le droit d'acquérir *ex operis servi*. Que s'il gagne encore les acquisitions provenant *ex re sua*, c'est qu'elles ne sont pas des fruits, et que sa mauvaise foi ne sau-

saura une fois le prix payé, en examinant qui des deux l'a fourni (L. 25 § 1, *De usuf.*, VII, 1. — L. 43 § 10, *De Ed. ed.*, XXI, 1). Toutefois, même lorsque le payement est fait des deniers de l'usufruitier, l'acquisition ne se réalise pour lui qu'autant que l'usufruit subsiste encore (L. 24, *De act. empt.*, XIX, 1).

(1) Justinien (§ 4 *sup.*) s'exprime donc d'une manière trop absolue en attribuant au nu propriétaire le bénéfice des donations, institutions d'héritier ou legs auxquels l'esclave serait appelé. Toutefois, son langage s'explique aisément par cette considération que la présomption n'est jamais en faveur de l'usufruitier. C'est à lui de prouver que le disposant a réellement voulu le gratifier par l'intermédiaire de l'esclave.

(2) Logiquement, ce motif aurait dû conduire les Romains à décider que le propriétaire peut acquérir la possession par un esclave qu'il ne possède plus.

rait autoriser le propriétaire à s'enrichir sans cause à ses dépens (1).

4° *Homme libre possédé de bonne foi comme esclave* (2). — Ici encore la personne possédée acquiert pour le possesseur en vertu des deux mêmes causes : *ex re ejus*, ainsi le veut l'équité; *ex operis suis*, cela se justifie par des motifs analogues à ceux pour lesquels on attribue les fruits au possesseur de bonne foi à l'exclusion du propriétaire (n° 250). Il faut se garder, pourtant, de croire à une complète similitude entre cette hypothèse et la précédente. Si en effet nous considérons la situation du possesseur lui-même, une grande différence éclate en ce qu'il peut usucaper l'esclave, mais non l'homme libre (3). Quant à la personne qui est l'objet de la possession, outre cette première différence qui la touche elle-même plus encore que le possesseur, en voici une autre : est-elle libre, les acquisitions qu'elle ne peut pas réaliser pour le possesseur lui appartiennent à elle-même; est-elle esclave, de telles acquisitions profitent nécessairement à son maître (4).

(1) La distinction que je présente ici résulte d'un texte de Gaius (L. 20, *De rei vind.*, VI, 1). Mais elle était rejetée par Julien et Ulpien. Julien, trop favorable au possesseur, décide que, malgré la survenance de la mauvaise foi, il continue d'acquérir *ex operis servi*, tant qu'il n'est pas évincé (L. 25 § 2, *De usur.*, XXII, 1). D'après Ulpien, au contraire, il n'acquiert plus même *ex re sua* (L. 23 § 1, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1). Mais sans doute Ulpien devait lui donner une *condictio* pour se faire rembourser la valeur par lui fournie, de sorte que cette opinion aboutissait, avec moins de simplicité, à un résultat presque identique à celui qu'admettait Gaius.

(2) En cette matière la bonne foi implique erreur de deux côtés : celui qui est possédé se croit esclave, et sa croyance est partagée par le possesseur (L. 34, *De stip. serv.*, XLV, 3). — Il faut remarquer que jamais on ne peut acquérir par l'homme libre sur lequel on croirait avoir la puissance paternelle : une telle erreur est à la fois trop rare et trop peu excusable pour qu'on la protége (L. 44 pr., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3. — L. 50 pr., *De acq. vel omitt. poss.*).

(3) Une autre différence avait été proposée anciennement : c'est que l'homme libre, institué héritier *contemplatione possidentis*, aurait néanmoins acquis l'hérédité pour lui-même. Seulement le possesseur aurait pu en exiger la restitution à titre de fidéicommissaire (L. 19, *De acq. rer. dom.*). Mais cette opinion ne prévalut pas (L. 45 § 4, *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2). Et il faut admettre que soit par l'homme libre, soit par l'esclave d'autrui, les hérédités et les legs peuvent être acquis au possesseur de bonne foi, en supposant que la disposition ait été faite en considération de sa personne. Du reste l'adition faite par l'homme libre ainsi possédé ne vaut qu'autant qu'il n'a pas été exclusivement déterminé par la contrainte qu'exerçait sur lui le possesseur (L. 59 pr., *De her. inst.*, XXVIII, 5. — Lig. *De acq. rer. dom.*).

(4) Je dois cependant faire ici deux observations : 1° quand le possesseur cesse d'être de bonne foi, la possession qui ne peut plus lui être acquise ni par l'esclave ni par l'homme libre, n'est pas non plus acquise par le premier à son maître ni par le second à lui-même. Pourquoi? parce que le maître ne possède pas son esclave et que l'homme libre ne se possède pas lui-même, si l'on peut ainsi parler (L. 1 § 6, *De acq. vel amitt. poss.*); 2° l'adition d'hérédité que l'esclave institué *sine con-*

V. — DE LA RÈGLE : *Nihil per extraneam personam nobis adquiritur.*

Lib. II, tit. IX, *Per quas personas nobis adquiritur*, § 5. — Ex his itaque apparet, per liberos homines quos neque nostro juri subjectos habemus, neque bona fide possidemus, item per alienos servos in quibus neque usumfructum habemus, neque possessionem justam, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod dicitur, per extraneam personam nihil adquiri posse, excepto eo quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis præscriptionem, si dominus non fuit (Gaius, II, § 95).

De tout ceci il ressort que par les hommes libres que nous n'avons pas en notre puissance et que nous ne possédons pas de bonne foi, et de même par les esclaves d'autrui sur lesquels nous n'avons ni usufruit ni possession régulière, nous ne pouvons acquérir en vertu d'aucune cause. Et voilà ce qu'on signifie en disant que nous ne pouvons rien acquérir par une personne étrangère : par exception, cependant, et conformément à une constitution du divin Sévère, on admet qu'une personne libre, par exemple un procureur, nous fait acquérir la possession, non-seulement quand nous le savons, mais même à notre insu, et par cette posses sion la propriété elle-même, si la tradition émane du propriétaire, sinon, l'usucapion ou la prescription de long temps.

300. Si nous acquérons d'une manière générale par les personnes placées en notre puissance, c'est qu'on les considère, en tant qu'il s'agit de rendre notre condition meilleure, comme faisant partie de nous-mêmes. La voix du fils, dit à ce point de vue Justinien, est la voix du père lui-même (Inst., § 4, *De inut. stipul.*, III, 19). Pareillement, si nous acquérons quelquefois par les esclaves dont nous n'avons que l'usufruit ou l'usage, ou par les personnes que nous possédons de bonne foi comme esclaves, c'est qu'à certains égards elles sont réputées soumises à notre puissance. Toutes autres personnes nous sont aussi étrangères en droit qu'elles sont distinctes de nous physiquement, et c'est un principe que par elles (*per extraneas per-*

templatione possidentis fait par l'ordre du possesseur est nulle, sans quoi le maître serait obligé malgré lui (L. 25 pr., *De acq. vel omitt. hered.*). Dans la même hypothèse, l'adition faite par l'homme libre vaut, à moins que le possesseur ne l'ait contraint à la faire (page 736, note 3.).

sonas) nous ne pouvons absolument rien acquérir, principe qui se rattache à l'idée plus générale d'après laquelle les Romains excluent la représentation dans tous les actes juridiques. La portée de ce principe apparaît dans toute sa netteté, si l'on suppose que la personne qui veut acquérir pour nous agit, non pas sur une inspiration spontanée de sa volonté, mais en vertu d'une mission qu'elle tient ou de nous-mêmes ou de la loi, par exemple comme mandataire ou comme tuteur. Qu'elle fasse en cette qualité une adition d'hérédité, qu'elle reçoive une mancipation ou une *in jure cessio* en notre nom, elle fait un acte nul, et nous n'acquérons rien.

Par exception à la règle *Nihil per extraneam personam nobis adquiritur*, le mandant, dit Justinien (§ 5 *sup.*), acquiert la possession, même à son insu, par l'intermédiaire du mandataire. Il importe de bien comprendre où gît ici l'exception. Or, si l'on suppose que Titius chargé de m'acheter un fonds en reçoit la tradition en mon nom, mais sous mes yeux ou tout au moins à ma connaissance, les principes eux-mêmes veulent que ce soit moi qui possède (L. 1 § 21, *De acq. vel amitt. poss.*); car incontestablement je satisfais à la règle qui exige l'*animus* personnel du possesseur, et si j'emprunte le *corpus* de Titius, cela encore est tout à fait régulier (n° 215). Mais que Titius reçoive la tradition à mon insu, c'est encore moi qui possède, et je possède immédiatement, quoique je n'en aie pas conscience. Or ici l'*animus rem mihi habendi* n'existe pas chez moi d'une manière précise et spéciale au moment même de la prise de possession matérielle. On peut dire ou que la loi se contente de l'*animus* que j'ai manifesté à l'avance en donnant le mandat, ou que mon *animus* est complété, sinon absolument remplacé, par celui du mandataire (1). En cela consiste la dérogation à la règle. Dès le commencement du IIe siècle, Nératius (L. 41, *De usurp. et usuc.*) présente cette doctrine comme à peu près universellement reçue, et cependant on la controversait encore au temps de Gaius (II, § 95). Mais elle fut définitivement mise hors de doute par un rescrit des empereurs Septime Sévère et Caracalla, auquel Justinien fait allusion (§ 5 *sup.* — L. 1, C., *De acq. vel retin. poss.*, VII, 32) (2).

(1) Supposons que le *tradens* entende faire acquérir la chose au mandant, et que le mandataire veuille l'acquérir pour lui-même : J'ai déjà indiqué (page 723, note 2) que d'après Julien l'acte est nul, et que d'après Ulpien le mandant acquiert. C'est la doctrine d'Ulpien qui prévalut (L. 9, C., *Si quis alt. vel sibi*, IV, 50).

(2) Il suffit de lire ce rescrit pour être convaincu qu'il n'innove pas et que la controverse qu'il tranche existait bien plutôt dans la théorie que dans la pratique.

Les Institutes pourraient laisser croire que le mandataire est seul, entre les *extraneæ personæ*, capable d'acquérir la possession pour autrui. Or certainement le même pouvoir appartient aussi aux tuteurs, aux curateurs et aux administrateurs des cités (L. 1 §§ 20 et 22, *De acq.vel amitt. poss.*); la dérogation au droit commun est même beaucoup plus profonde à leur égard, puisque leur *animus* personnel remplace absolument celui de la personne intéressée. Il est également certain que l'esclave d'autrui, que nul ne possède ou que nous possédons nous-même de mauvaise foi, acquiert la possession pour nous quand il reçoit une tradition par notre ordre (L. 34 § 2, *De acq. vel amitt. poss.*). De ces observations je tire une formule générale : Toutes les fois qu'une personne agissant en notre nom appréhende matériellement une chose, soit par notre volonté, soit en vertu d'un pouvoir légal, elle nous rend immédiatement possesseur, encore que nous ignorions le fait de l'entrée en possession. De cette formule il résulte que les personnes placées en notre puissance et celles qu'on leur assimile partiellement, pourront nous faire acquérir la possession comme *personæ extraneæ* en dehors des cas où elles nous l'acquièrent à titre de *personæ non extraneæ*. Et par exemple, je ne possède ni les acquisitions faites par mon esclave *ex causa non peculiari*, tant que je les ignore; ni celles qu'il ferait sous mes propres yeux, si lui-même vit *in libertate*. Tel est le droit commun. Mais que de telles acquisitions procèdent d'un ordre par moi donné, et je posséderai, même à mon insu, dès que l'esclave aura appréhendé la chose (L. 31 § 2, *De usurp. et usuc.*) (1).

Cette faculté d'acquérir la possession par une *extranea persona*, et principalement par un mandataire, eut pour conséquence d'abord de restreindre et finalement de détruire l'application de la règle à la propriété elle-même. Si en effet nous nous plaçons dans l'hypothèse ordinaire, celle d'une tradition faite *a domino*, voici quelle sera, une fois la chose aux mains du mandataire, la situation du mandant devenu possesseur : La chose est-elle *res mancipi :* immédiatement et même à son insu il commence à l'usucaper. Est-elle *res nec mancipi :* il devient propriétaire même sans le savoir, puisque la propriété de ces sortes de choses se transfère par une simple tradition. Or comme,

(1) Ma formule n'exclut qu'un seul cas, celui où la personne qui entre en possession au nom d'autrui agit spontanément : ici le véritable intéressé ne possède que lorsqu'il est instruit de la prise de possession et qu'il l'a ratifiée (L. 42 § 1, *De acq. vel amitt. poss.* — Paul, V, 2 § 2).

sous Justinien, il n'y a plus que des choses *nec mancipi*, la vérité est que dans le dernier état du droit le mandant acquiert la propriété par le mandataire dans tous les cas où il l'aurait acquise s'il eût lui-même reçu la tradition (1). Au lieu d'un mandant et d'un mandataire, mettons un pupille et un tuteur ou toutes autres personnes, et le résultat sera le même. Si donc Justinien reproduit encore dans sa forme absolue la règle *Per extraneam personam nihil adquiritur*, ce n'est que par habitude, par respect du passé, et pour la contredire aussitôt (2).

APPENDICE A LA THÉORIE DES DROITS RÉELS

THÉORIE DES DONATIONS ET DES CONSTITUTIONS DE DOT (3)

DES DONATIONS

SOMMAIRE : I. Notions générales. — II. Des donations entre-vifs, de leur perfection. — III. De l'effet et de la révocation des donations entre-vifs. — IV. Spécialités sur certaines donations entre-vifs. — V. De la donation *mortis causa*. — VI. De la donation entre époux.

Lib. II, tit. VII, *De donationibus*, Pr. — Est et aliud genus adquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera, mortis causa, et non mortis causa.

Il y a encore un autre mode d'acquisition, la donation. Mais on distingue deux classes de donations, l'une à cause de mort, l'autre entre-vifs.

(1) Lorsque la tradition porte sur la chose d'autrui, le mandant ne peut devenir propriétaire que par le secours de l'usucapion. Et comme cette usucapion exige la bonne foi de l'intéressé, il est impossible qu'elle coure tant que le mandant ignore la prise de possession (L. 49 § 2, *De acq. vel amitt. poss.* — L. 1, C., *De acq. vel ret. poss.*, VII, 32). Jusque-là, en effet, il n'est ni de bonne foi ni de mauvaise foi. Pour cette hypothèse donc, la faculté d'acquérir la possession *per extraneam personam* n'exerce aucune influence sur l'acquisition de la propriété elle-même.

(2) Le droit classique avait pleinement maintenu cette règle à l'égard de l'hypothèque. En conséquence un mandataire faisant un prêt hypothécaire au nom du mandant acquérait, pour celui-ci, l'action personnelle et pour lui-même l'action hypothécaire (L. 11 § 6, *De pign. act.*, XIII, 7). Justinien décida que l'une et l'autre naîtraient directement en la personne du mandant (L. 2, C., *Per quas pers.*, IV, 27).

(3) La donation et la constitution de dot ne sont pas des actes juridiques originaux, c'est-à-dire ayant leur forme propre et leur fonction déterminée, comme la mancipation, la stipulation, l'acceptilation, etc. Pour les réaliser, il faut donc examiner dans chaque cas le but immédiat auquel elles tendent et recourir aux procédés que le droit commun organise pour atteindre ce but. Or, si l'on considère que le plus ordinairement la donation et la constitution de dot ont pour but immédiat une aliénation, la place que je leur assigne paraîtra déterminée par des convenances logiques presque autant que par les exigences des programmes officiels

301. Je définis la donation un acte par lequel une personne (*donateur*) se dépouille gratuitement au profit d'une autre personne (*donataire*). Cela implique par essence les trois conditions suivantes :

1° *Intention de libéralité chez le donateur* (L. 1 pr., *De donat.*, XXXIX, 5. — L. 82, *De reg. jur.*, L, 17). — Je veux dire que la disposition qui s'explique soit par une contrainte légale même très-imparfaite, soit par le sentiment du devoir, soit par l'intérêt personnel, n'est jamais une donation. Donc ne sauraient être réputés donateurs, ni le débiteur qui exécute une simple obligation naturelle, se sachant pourtant à l'abri de toute poursuite (L. 19 § 4, *De donat.*); ni l'héritier qui par délicatesse de conscience acquitte intégralement les legs et fidéicommis, au lieu d'exercer la retenue autorisée par la loi Falcidia et par le sénatus-consulte Pégasien (L. 5 § 15, *De donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1. — L. 20 § 1, *De donat.*); ni enfin le plaideur qui, pour assurer sa tranquillité, conclut en connaissance de cause une transaction désavantageuse (L. 1, *De trans.*, II, 15. — L. 65 § 1, *De cond. ind.*, XII, 6). Il n'importe, du reste, que cette vue de libéralité émane d'une affection pure de tout calcul, ou qu'elle dissimule, comme il arrive souvent, une arrière-pensée d'intérêt personnel, par exemple qu'elle tende à provoquer en retour une gratification testamentaire.

2° *Aliénation par le donateur.* — Je n'emploie pas ici le mot aliénation dans son sens technique et étroit, comme signifiant un transport de propriété. Je le prends dans un sens large qui embrasse l'abandon d'un droit ou l'acceptation d'une charge quelconque (1). Cette condition n'implique pas absolument diminution du patrimoine. Elle peut être remplie par le sacrifice d'un droit non encore acquis, mais qu'il dépend de nous d'acquérir immédiatement, ou d'un droit déjà acquis, mais dont l'acquisition ne peut devenir définitive que par notre consentement. Si, par exemple, je renonce à une hérédité dans l'unique but de la faire parvenir au substitué ou à l'héritier légitime, ou encore si je répudie un legs, soit dans l'intérêt d'un autre légataire appelé à mon défaut, soit pour alléger les charges de l'héritier grevé, voilà bien des acquisitions certaines que je manque; et encore que je ne retranche rien de mon patrimoine actuel, j'arrive au même résultat final que si j'eusse d'abord accepté l'hérédité ou le legs, puis

(1) Plusieurs textes autorisent cette manière de parler (Gaius, II, § 84. — L. 15, *De solut.*, XLVI, 3. — L. 5 § 8, *De reb. eor. qui*, XXVII, 9).

disposé du bénéfice net que j'en aurais retiré (L. 14 § 3, *De fund. dot.*, XXIII, 5. — L. 5 §§ 13 et 14, *De donat. int. vir. et uxor.*).

3° *Acquisition par le donataire.* — Je n'ai pas besoin d'avertir que le mot acquisition revêt ici une signification tout à fait corrélative à celle que j'ai donnée au mot aliénation (1). Mais ce qu'il importe de constater, c'est que cette condition ne se confond pas avec la précédente. Et en effet, il est possible, étant donné deux parties, que l'une se dépouille sans que l'autre réalise une acquisition. Que par exemple j'affranchisse un esclave ou que j'en transfère la propriété à Titius sous la charge de l'affranchir immédiatement, à coup sûr je m'appauvris, mais ni l'esclave ni Titius ne s'enrichissent, et il n'y a pas donation (L. 18 § 1, *De donat.*). Il faut donc que le dépouillement de l'un se traduise pour l'autre en un avantage appréciable en argent (2).

A. On a pu remarquer que dans la définition de la donation je n'ai point fait entrer l'idée de convention. C'est qu'en effet l'accord des volontés n'y est pas indispensable, et si nul n'est donateur sans le vouloir, rien n'empêche qu'on ne devienne donataire à son insu (3). Que par exemple je fasse sciemment des travaux de culture ou des constructions sur le fonds d'autrui, que je laisse une usucapion s'accomplir ou une servitude s'éteindre par le non-usage, que je subisse une condamnation faute d'avoir opposé une exception perpétuelle, voilà de véritables donations, pourvu qu'il y ait dans mon fait, non pas simple insouciance et oubli de mes intérêts, mais désir réfléchi d'enrichir un tiers qui n'y songe pas (L. 14, *De donat.* — L. 5 § 6; L. 44, *De donat. int. vir. et uxor.* — L. 12, *De novat.*, XLVI, 2). C'en est une aussi et plus évidente encore lorsque, sachant ne rien devoir, je paye à quelqu'un qui se croit mon créancier (L. 53, *De reg. jur.*, L, 17). Toutefois la donation ne se dissimule pas volontiers sous ces formes discrètes et en quelque sorte sournoises. Laissant

(1) En ce sens L. 11 pr., *De acceptilatione* (XLVI, 4).

(2) Ces deux derniers caractères séparent nettement la donation des autres actes gratuits, tels que le dépôt, le commodat, le mandat, le précaire, etc.

(3) La loi 44, *De donat. int. vir. et ux.*, qu'on allègue en sens contraire, ne prouve, selon moi, qu'une seule chose : c'est que la règle qui prohibe les donations entre époux se restreint aux donations conventionnelles. Et en effet, les motifs qui expliquent cette prohibition manquent absolument dans les cas où le donataire a été gratifié sans le savoir. Je ferai la même observation sur la loi Cincia que je crois inapplicable ici. Du reste, nul doute que le donataire ne soit point tenu de garder la libéralité qu'il n'a pas acceptée, et en ce sens on peut dire d'une manière tout à fait générale : *Non potest liberalitas nolenti acquiri* (L. 19 § 2, *De donat.*), ou encore : *invito beneficium non datur* (L. 69, *De reg. jur.*, L. 17).

donc de côté les cas exceptionnels, je ne me référerai plus qu'à la donation conventionnelle, celle que le donateur propose et que le donataire n'accepte qu'autant qu'elle lui convient.

Les Romains paraissent de tout temps avoir distingué deux grandes classes de donations, les donations entre-vifs et les donations à cause de mort (pr. *sup.*). Plus tard, les donations entre époux et les donations *ante nuptias*, ayant reçu une réglementation spéciale, durent aussi se classer à part (1).

II. — DES DONATIONS ENTRE-VIFS. — DE LEUR PERFECTION.

Lib. II, tit. VII, *De donationibus*, § 2. — Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis, quæ, si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit; et ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiam si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et quum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum (2), constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit; sed et quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent fir-

Mais il y a d'autres donations que l'on fait sans songer à la mort et que nous appelons entre-vifs; celles-là ne sont nullement comparées aux legs, et, une fois parfaites, on ne les révoque pas sans motif. Or elles sont parfaites lorsque le donateur a manifesté sa volonté par écrit ou sans écrit; et notre constitution a décidé qu'à l'exemple de la vente elles contiennent obligation de livrer, de telle sorte que, même avant la tradition, elles aient leur force pleine et entière et que le donateur soit tenu de livrer. Et tandis que les princes antérieurs exigeaient qu'on insinuât dans les *acta* toute donation supérieure à deux cents solides, notre constitution a remplacé ce chiffre par celui de cinq cents solides, voulant que dans cette limite la donation tînt sans insinuation : mais elle a aussi déterminé certaines donations qui n'exigent aucune insinuation et qui ont pleine force par elles-mêmes. Nous avons imaginé en outre beaucoup d'autres

(1) Je ne traiterai de la donation *ante nuptias* qu'après avoir fait connaître la dot (nº 316).

(2) Il faut remarquer cet emploi plus grec que latin du génitif. Sur la valeur du *solidus* (voir page 315, note 1).

mitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus : quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt.

moyens pour assurer le plus entier effet des donations, ainsi qu'on le verra par nos constitutions relativement à cette matière.

302. La convention de donation, n'ayant pas été classée parmi les contrats, n'engendre aucune action, ne donne aucun droit, par conséquent n'aboutit, réduite à elle-même, qu'à la manifestation impuissante d'un désir de libéralité. Comment donc, pour parler le langage des Romains, la donation deviendra-t-elle parfaite? en d'autres termes, comment acquerra-t-elle une valeur juridique qui la dérobe aux caprices et aux retours de volonté du donateur? Pour répondre à cette question, il faut distinguer le droit ancien, tel qu'il fut avant la loi Cincia et tel qu'il resta sous cette loi elle-même dans les cas qu'elle ne régissait pas, le droit établi par cette loi, et enfin la législation définitive de Justinien.

Droit antérieur à la loi Cincia. — Je pose comme règle que la donation est parfaite sitôt qu'une action ou un moyen de défense quelconque sont acquis au donataire à l'effet d'en obtenir ou d'en conserver le bénéfice. Pour satisfaire à cette formule, les procédés les plus usités sont les suivants :

1° Une dation (1), et par là j'entends non-seulement l'aliénation de la propriété quiritaire ou bonitaire, mais aussi toute translation d'un droit réel civil ou prétorien (2). — Selon la nature du droit et selon le mode employé pour le transférer, le donataire sera muni ou d'une action réelle civile ou d'une action réelle prétorienne.

2° Une obligation contractée *verbis* ou *litteris*. — Ici c'est toujours une *condictio* qui compète au donataire.

3° Une remise de dette. — Ceci suppose que la donation a pour objet l'abandon d'une créance appartenant au donateur sur le dona-

(1) Ce procédé est le plus ordinaire, et de là les mots *donatio* et *donare* venant de *dono dare* (L. 35 § 1, *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6).

(2) J'excepte l'hypothèque qui, quoique constituée par un tiers non obligé personnellement, ne saurait être considérée comme faisant l'objet d'une donation. Car elle n'est jamais qu'un accessoire et une sûreté qui garantit le créancier contre les chances de perte, mais qui ne l'enrichit pas (L. 1 § 19, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5). Réciproquement, la remise d'une hypothèque n'est pas non plus une véritable donation : car le créancier abandonne une sûreté plutôt qu'il ne diminue son patrimoine (L. 1 § 1; L. 8 § 5, *Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6).

taire. Cet abandon se fait ou par acceptilation, et alors la créance est éteinte *ipso jure;* ou par simple pacte *de non petendo*, et alors elle subsiste selon le droit civil, mais le préteur accorde au débiteur une exception pour se défendre.

4° Une délégation. — Trois hypothèses, qui sont les plus essentielles et non les seules, doivent être distinguées : 1° le donateur, agissant *animo novandi*, s'engage par voie de promesse envers le créancier du donataire; 2° il fait prendre cet engagement par son débiteur au lieu de le prendre lui-même; 3° toujours sur son ordre, son débiteur s'engage envers le donataire lui-même. Dans ces trois hypothèses, la promesse nouvelle efface les obligations antérieures : dans les deux premières donc, le donataire se trouve libéré; dans la troisième, il devient créancier à la place du donateur (1).

303. *a. Droit établi par la loi Cincia.* — A partir de cette loi, rendue en l'an de Rome 549 ou 550 (2), on distingua entre les dona-

(1) Parmi les moyens de parfaire immédiatement la donation, je ne puis compter la cession de créance, et voici pourquoi : tandis que, faite à titre onéreux, cette cession devient irrévocable dès qu'elle a été signifiée au débiteur, et que même indépendamment de toute signification elle est transmissible aux héritiers du cessionnaire, faite à titre gratuit, elle est gouvernée dans le droit classique par les principes du mandat, et en conséquence : 1° le donateur la révoque à volonté. Tel était encore le droit à l'époque de Papinien (*Fr. Vat.*, § 263); 2° elle n'est pas transmissible aux héritiers du donataire. Telle fut la règle jusqu'à Justinien (L. 33, C., *De donat.*, VIII, 54). La donation par cession de créance n'arrivait donc à la perfection que par le payement fait au donataire ou par la *litis contestatio* engagée entre lui et le débiteur.

(2) Cette loi, qui est plutôt un plébiscite, fut proposée par le tribun Cincius Alimentus et vigoureusement appuyée par Caton l'Ancien (Cic., *De senect.*, 4). On l'appelle *lex de donis et muneribus* ou *lex muneralis* (Tit. Liv., XXXIV, 4. — Festus, v° *Muneralis*). Outre sa disposition sur les donations proprement dites, elle en contenait une autre qui eut peut-être plus d'importance aux yeux des contemporains et qui sûrement a laissé plus de traces dans les monuments de la littérature classique : elle défendait aux avocats de recevoir à ce titre aucune rémunération. Mais cette prohibition, qui semblait faite exprès pour être violée, le fut en effet de plus en plus à mesure que le barreau, jadis occupation aristocratique et acheminement aux honneurs, devint une véritable profession et un moyen de vivre. Tacite (*Annal.*, XI, 5, 6 et 7) rapporte que sous Claude on songea à la remettre en vigueur; mais le sénat, saisi de la question, se contenta, après une très-curieuse discussion, de limiter les honoraires des avocats à un maximum de dix mille sesterces (un peu plus de deux mille francs), que du reste il leur fut défendu de toucher ou de se faire promettre à l'avance. Ces dispositions paraissent avoir été mal observées (Tacit., *Annal.*, XIII, 42. — Pline le Jeune, *Epist.*, V, 4, 14, 21. — Suet., *Nero*, 17). Elles furent renouvelées ou remplacées par une constitution de Septime Sévère et de Caracalla, qui figure au Digeste (L. 1 § 12, *De extr. cogn.*, L, 13).

tions qui ne dépassaient pas un taux déterminé (*modus legitimus*) (1), et celles qui le dépassaient, et parmi ces dernières elles-mêmes on mit à part celles qui étaient faites à certaines personnes appelées *personæ exceptæ* (2). Deux points non douteux, c'est que la donation *intra modum*, quel que fût le donataire, et la donation faite à une *persona excepta*, quel qu'en fût le taux, restèrent entièrement soumises aux règles que j'ai exposées (*Fr. Vat.*, § 310). Ces règles continuèrent donc de former le droit commun, et la loi Cincia n'y dérogea qu'à l'égard des donations qui tout ensemble excédaient le *modus* et s'adressaient à une *persona non excepta*. Elle ne prohiba pas ces donations, mais elle en rendit la perfection plus difficile à réaliser. Au lieu de tenir la volonté du disposant pour certaine, et la donation pour parfaite aussitôt et par cela seul que le donataire se trouverait investi d'un droit quelconque, elle exigea pour cela le plus plein dessaisissement du donateur. Elle voulut qu'aucun rapport juridique fondé sur la donation ne subsistât entre les parties (3). Voilà l'idée

(1) Quel était ce taux? nous l'ignorons. Nous ne savons pas même comment la loi s'y prit pour le fixer. Trois procédés se conçoivent : 1° détermination d'une somme uniforme pour tout le monde, par exemple 20 000 as. Ce procédé fut suivi par la loi Furia Testamentaria (n° 400); 2° détermination d'une quote-part du patrimoine, par exemple le quart ou le tiers. Ce fut le procédé de la loi Falcidia (n° 400); 3° détermination d'une série de sommes croissant selon l'importance des patrimoines, mais sans former une véritable progression géométrique, par exemple 20 000 as pour un patrimoine de 100 000; 30 000 as pour un patrimoine de 100 000 à 200 000, etc. Un procédé analogue fut suivi par la loi Fusia Caninia (n° 69). Il est probable que la loi Cincia adopta l'un de ces deux derniers procédés. — Un point certain, c'est que le taux de la donation s'appréciait exclusivement d'après le capital donné, et sans tenir aucun compte des produits perçus par le donataire (L. 11, *De donat.*). Mais il ne faut pas conclure de là que toute donation ayant pour objet exclusif des revenus échappât aux règles spéciales de la loi Cincia. Cela était vrai pour les donations d'intérêts (L. 23 pr., *De donat.*), non pour celles de fruits (L. 9 § 1, *De donat.*).

(2) Ces personnes étaient : 1° les cognats jusqu'au cinquième degré inclusivement, et même au sixième les *sobrini* et *sobrinæ* (petits-cousins et petites-cousines); 2° les personnes placées sous la puissance de ces cognats ou à la puissance desquelles ils étaient eux-mêmes soumis; 3° certains alliés, tant que subsistait l'affinité; 4° le patron par rapport à l'affranchi; 5° le pupille par rapport au tuteur; 6° enfin les femmes par rapport à un cognat quelconque, quand il s'agissait pour elles de recevoir une donation *dotis causa* (*Fr. Vat.*, §§ 298 à 309).

(3) Entre ces dispositions et celle qui concerne les avocats il y a un lien bien facile à dégager. Il faut partir de cette idée que les honoraires des avocats, jusqu'au jour où ils purent être exigés par voie de *persecutio extra ordinem*, furent considérés légalement comme perçus à titre gratuit. Dès lors l'ensemble de la loi Cincia s'analyse ainsi. Elle divise les donations en trois classes : 1° les donations rémunératoires faites aux avocats; 2° les donations dépassant le *modus* et adressées à une

générale de la loi Cincia : voici comment on l'applique. De deux choses l'une : ou le donataire a besoin d'exercer une action pour jouir effectivement de la libéralité, et alors le donateur peut repousser sa demande par une exception fondée sur la loi et qu'on nomme *exceptio legis Cinciæ;* ou, au contraire, le donataire n'a pas besoin d'agir, il est nanti, et alors la loi n'ouvre au donateur aucune action spéciale pour reprendre sa chose, mais elle lui permet de faire valoir tous les moyens de droit commun qui seraient restés entre ses mains, et qu'en tout autre cas il emploierait inutilement. Ceci va s'éclaircir par une nouvelle revue des hypothèses précédemment examinées.

1° *Donation par voie de dation.* — Ici trois cas doivent être distingués : 1° la donation a pour objet une chose immobilière *nec mancipi*, c'est-à-dire un fonds provincial. La tradition, dépouillant le donateur de tout droit, suffit nécessairement à la parfaire, de telle sorte qu'on ne recherche jamais ici ni quel est le donataire ni quelle est l'importance de la donation; 2° il s'agit d'un immeuble *mancipi*, c'est-à-dire d'un fonds Italique. La donation ne peut se parfaire immédiatement que par la réunion de la tradition et de la mancipation. Le donateur, en effet, s'est-il borné à manciper la chose : l'exception *legis Cinciæ* lui permet de repousser la revendication du donataire. S'est-il contenté de la livrer : resté *dominus ex jure Quiritium*, il peut revendiquer tant que le donataire n'a pas achevé l'usucapion, et à l'exception *rei donatæ et traditæ* que celui-ci lui oppose il répond victorieusement par la *replicatio legis Cinciæ;* 3° enfin il s'agit d'une chose mobilière. Ici la donation ne peut jamais être parfaite dès le moment de sa formation. En effet, selon que la chose est *res nec mancipi* ou *res mancipi*, il faut d'abord ou une simple tradition, ou une tradition suivie de mancipation. Mais en outre, il est toujours nécessaire que le donataire ait possédé assez longtemps pour s'assurer la supériorité dans l'interdit *utrubi*. C'est, en effet, une règle du droit classique, que pour triompher dans cet interdit il faut avoir eu, dans l'année qui en a précédé l'émission, une possession plus longue que celle de son adversaire. Si donc au jour de la tradition le donateur avait une possession de six mois ou plus, six mois lui sont donnés pour la

personne non exceptée; 3° les donations qui n'excèdent pas le *modus* ou qui sont faites à une personne exceptée. — Les donations de la première classe sont absolument interdites; celles de la seconde classe restent licites, mais leur perfection est subordonnée à des conditions nouvelles; quant à celles de la troisième classe, elles demeurent régies par le droit antérieur.

recouvrer et par là se replacer exactement dans les mêmes conditions que s'il n'eût jamais livré (*Fr. Vat.*, §§ 293, 311, 313) (1).

En résumé, la donation par voie de dation se parfait, pour les immeubles, par l'acquisition de la propriété et de la possession (2); pour les meubles, par l'acquisition de la propriété jointe à une possession assez longue pour triompher dans l'interdit *utrubi*.

2° *Donation par voie de promesse ou d'obligation* litteris. — Tant que le donateur n'a pas payé, l'exception *legis Cinciæ* le protége contre la *condictio* du donataire. Et comme c'est là une exception perpétuelle établie dans son intérêt, il peut encore, ayant payé par erreur, exercer la *condictio indebiti* (*Fr. Vat.*, § 266) (3). Pour que

(1) La possibilité pour le donateur de triompher dans l'interdit *utrubi* implique que le donataire ne peut pas lui opposer l'*accessio possessionum*, comme il l'opposerait à des tiers (Gaius, IV § 151). Cette doctrine, tout à fait contraire aux principes généraux, accuse chez les jurisconsultes une tendance évidente à étendre l'application de la loi Cincia. J'ajoute que dans le cas où il s'agit d'un meuble *mancipi* qui a été simplement livré, la supériorité une fois acquise dans l'interdit *utrubi* ne suffit pas à parfaire la donation : il faut de plus que le donataire usucape.

(2) L'acquisition de la possession s'entend ici avec une rigueur exceptionnelle : il faut, en effet, que le donateur soit matériellement nanti de la chose. Si donc le donateur s'en réserve l'usufruit, ou plus généralement s'il la garde entre ses mains par l'effet d'un constitut possessoire, la tradition n'est pas réputée faite, et l'action du donataire peut être repoussée par l'exception *Cinciæ*. Cela est vrai même à l'égard des fonds provinciaux (*Fr. Vat.*, § 313). Un texte d'Ulpien pourrait faire conjecturer que la validité du constitut possessoire avait été contestée d'une façon générale et absolue en matière de donations (L. 77, *De rei vind.*, VI, 1). Mais j'incline à croire que cette sévérité ne s'étendit jamais au delà des cas prévus par la loi Cincia. Cela me paraît résulter d'un texte de Papinien (L. 42 pr., *De mort. caus. don.*, XXXIX, 6), et plus clairement encore d'une constitution par laquelle les empereurs Honorius et Théodose le Jeune, reconnaissant que le constitut possessoire doit être admis ici comme ailleurs, déclarent en cela faire revivre le droit ancien (L. 9, C. Th., *De don.*, VIII, 12). Quoi qu'il en soit à cet égard, il est sûr que dans le dernier état du droit le constitut possessoire ne fait jamais obstacle à la perfection de la donation (LL. 28 et 35 § 5, C., *De don.*, VIII, 54).

(3) Quelques interprètes ont prétendu qu'Ulpien parle ici non pas d'une *condictio indebiti*, mais d'une *condictio ex injusta causa*, c'est-à-dire d'une action fondée sur la violation de la loi et sur la nullité du titre exécuté. Ce point de vue admis, deux conséquences en découleraient : 1° la *condictio* appartiendrait au donateur alors même qu'il aurait exécuté sa promesse, sachant qu'il pouvait s'en affranchir d'après la loi Cincia ; 2° elle lui compéterait non-seulement lorsqu'il a livré la chose comme déjà due en vertu d'une promesse, mais encore lorsqu'il a procédé, sans être antérieurement obligé, par voie de dation immédiate ou par acceptilation. Car la violation de la loi serait la même dans tous les cas. — A l'appui de cette interprétation, on allègue que le texte ne mentionne pas la nécessité d'un payement fait par erreur. Mais, qu'on le remarque bien, le jurisconsulte ne se propose pas ici de développer toutes les conditions requises pour l'exercice de la *condictio indebiti;* la

la donation devienne parfaite, il faut donc qu'il ait livré, sachant que la loi Cincia l'autorisait à retenir; il faut de plus qu'il ait transféré la propriété, et, s'il s'agit d'un meuble, que le donataire l'ait possédé un temps suffisant pour n'avoir plus à redouter l'exercice de l'interdit *utrubi* (*Fr. Vat.*, § 312).

3° *Donation par voie de délégation.* — La délégation une fois exécutée, une novation s'opère, et en conséquence la donation est absolument parfaite (L. 2 § 2; L. 21 pr., *De don.*) (1).

4° *Donation par voie de remise de dette.* — Il faut distinguer entre l'acceptilation et le pacte *de non petendo*. L'acceptilation, éteignant absolument le droit du donateur, parfait par elle-même la donation (L. 2, C., *De accept.*, VIII, 44). Le pacte *de non petendo* lui laisse

seule question qu'il examine est celle-ci : qu'est-ce que l'*indebitum*? Or il trouve l'*indebitum* non-seulement là où il n'y a aucune espèce de dette, mais aussi là où existe une dette paralysée par une exception perpétuelle, par exemple, par l'exception *Cinciæ*. Il y a là une suite d'idées qui marque très-clairement qu'Ulpien se réfère à la *condictio indebiti*. Si donc il se tait sur la condition de l'erreur, ce n'est pas pour l'exclure, c'est qu'elle ne rentre pas dans l'objet spécial dont il s'occupe. Au surplus, l'interprétation que je combats se condamne par la conséquence même à laquelle elle aboutit : elle implique, en effet, que la donation *contra Cinciam* ne pourrait jamais devenir parfaite *vivo donatore*, doctrine démentie par tous les textes.

(1) On rencontre ici deux textes très-embarrassants : 1° Paul (L. 5 § 5, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4), supposant que le donateur a fait une promesse au créancier du donataire, lui donne contre le donataire lui-même une *condictio* à l'effet d'obtenir ou sa libération, s'il n'a pas encore payé, ou, s'il a payé, son remboursement. J'explique ce texte de la manière suivante : les jurisconsultes ont l'habitude de comparer la délégation exécutée à un double payement. Dans l'espèce donc, les choses se passent à l'égard du donataire comme s'il eût été créancier du donateur et que celui-ci l'eût payé. Or, de même qu'un payement véritable fait par erreur autoriserait la *condictio indebiti*, de même sera-t-elle possible ici pourvu que le donateur, au moment où il faisait la promesse, ait cru rester en deçà du taux de la loi. Il est vrai que cette dernière circonstance n'est pas exprimée par le jurisconsulte; mais Justinien a dû la retrancher pour mettre le texte d'accord avec sa théorie de l'insinuation; 2° Celsus (L. 21 § 1, *De donat.*) suppose que voulant vous faire une donation, je vous ai délégué mon débiteur qui en conséquence s'est engagé envers vous par voie de promesse. Cela étant, ou il ne vous a pas encore payé, et je puis exercer contre lui une action rescisoire, c'est-à-dire sans doute mon ancienne action donnée avec une formule fictice; ou il vous a payé, et alors j'ai une *condictio* contre vous-même. Au fond, ce sont là des décisions tout à fait analogues à celles de Paul. Seulement, Celsus parait restreindre dans tous les cas l'action du donateur à ce qui excède le *modus legis*. Mais c'est là une interpolation évidente, que Justinien a oublié de faire dans le texte de Paul, et qui était nécessaire du moment qu'il détournait les décisions de ces jurisconsultes de leur signification originaire pour les faire cadrer avec la théorie nouvelle de l'insinuation. Sous le bénéfice de cette réserve, j'explique le texte de Celsus comme celui de Paul.

la ressource de son ancienne action qui, grâce à la *replicatio Cinciæ*, triomphe de l'exception *pacti conventi* opposée par le donataire (L. 1 § 1, *Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6) (1). La donation faite dans cette forme n'acquerra donc la perfection que par le prédécès du donateur joint à la persistance de sa volonté, ou par la prescription de l'action si elle était temporaire (2).

Tant que la donation demeure imparfaite selon la loi Cincia, ce que le donateur peut retenir ou reprendre, ce n'est pas seulement la portion supérieure au *modus*, c'est la totalité même des objets donnés (3). Car la volonté de donner ne saurait être réputée certaine pour partie, incertaine pour le surplus. Par la force des choses, ce n'est pas non plus à lui seul, c'est aussi à tous autres intéressés qu'il appartient d'exciper ou d'agir à raison de l'imperfection de la donation. Car, quoique la loi Cincia statue avant tout dans l'intérêt du donateur, la vérité est qu'imparfaite à son égard, la donation ne saurait être réputée parfaite à l'égard de personne. De là les deux propositions suivantes : 1° La loi Cincia protége les ayant cause particuliers du donateur, notamment le fidéjusseur qui aurait garanti sa promesse (L. 24, *De donat.*), l'acheteur à qui il aurait livré la chose après l'avoir seulement simplement mancipée au donataire, ou à l'inverse l'acquéreur auquel il aurait mancipé l'immeuble simplement livré au donataire (4); 2° les

(1) D'après un texte du code (L. 6, *De sol.*, VIII, 43), la donation serait immédiatement parfaite; mais j'estime qu'il faut lire *tibi* au lieu de *ei*, et alors ce texte n'est plus qu'une application de la règle *morte Cincia removetur.*

(2) Quant à la donation par cession de créance, ce que j'en ai dit précédemment (page 745, note 1) montre assez qu'il n'y a jamais à distinguer si elle dépasse ou non le *modus*, ni si elle est faite à un *exceptus* ou à un *extraneus.*

(3) Mon affirmation paraît contredite par un texte de Celsus auquel j'ai répondu d'avance (page 749, note 1); mais elle est démontrée invinciblement par une décision de Paul (L. 5 § 2, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4). Le jurisconsulte suppose que la donation ayant pour objet un terrain nu s'est effectuée par simple mancipation; puis, que le donataire, entré en possession sans le fait du donateur, a construit, celui-ci le sachant; enfin, que la possession est retournée, je ne sais comment, dans les mains du donateur. En cet état de choses, le donataire exerce la revendication, et à l'exception *Cinciæ* que le défendeur ne manque pas de lui opposer, il répond par une *replicatio doli* fondée sur ce que le donateur ne lui rembourse pas ses dépenses de construction, que pourtant il a approuvées par cela même que, pouvant les empêcher, il les a laissé faire. Ce texte prouve bien que le donateur n'aurait qu'à rembourser les impenses du donataire pour garder l'intégralité de la valeur donnée.

(4) Dans cette dernière hypothèse l'acquéreur exerce la revendication et ne fait valoir la loi Cincia que par voie de réplique contre l'exception *rei donatæ et traditæ.* Ulpien donne donc à la proposition que je développe une formule un peu

héritiers eux-mêmes peuvent se prévaloir de la loi Cincia, car c'était là un droit compris dans le patrimoine de leur auteur. Toutefois, s'il est prouvé que le donateur a persisté jusqu'à son dernier moment dans la volonté de donner, sa mort a rendu la donation parfaite, et l'héritier qui voudrait encore la méconnaître serait repoussé par une exception, une réplique ou une duplique de dol (1). Cette doctrine fut consacrée par des rescrits de Caracalla et de Dioclétien (*Fr. Vat.*, §§ 266 et 312), et Papinien la formule en ces termes brefs, mais un peu absolus : *morte Cincia removetur* (*Fr. Vat.*, § 259) (2).

étroite quand il dit que l'*exception* de la loi Cincia est *popularis*. Le même caractère appartient, d'une manière générale, à tout moyen fondé sur cette loi. Au surplus, les Sabiniens avaient contesté cette doctrine, par ce motif sans doute que la loi ne s'était préoccupée que de l'intérêt du donateur (*Fr. Vat.*, § 266).

(1) Quand la donation *ultra modum* ne devient ainsi parfaite que par le prédécès du donateur, elle continue néanmoins d'être traitée comme donation entre-vifs. Et en effet, à la différence de la donation *mortis causa*, qui, elle, reste nécessairement imparfaite pendant toute la vie du disposant, celle-ci eût pu se parfaire avant sa mort; il ne faut donc pas qu'une circonstance tout accidentelle enlève à la libéralité le caractère que son auteur a voulu lui donner. Je conclus de là que le donataire, quoique dépourvu du *jus capiendi*, par conséquent incapable de recueillir *mortis causa*, conserve la donation qui n'était *imperfecta* que d'après la loi Cincia (*Fr. Vat.*, § 259). J'en conclus aussi qu'elle échappe à la réduction de la loi Falcidia, et que, faite à un légitimaire, elle ne doit pas être imputée sur sa quarte (nos 355 et 403).

(2) On se place souvent, pour exposer et apprécier les dispositions de la loi Cincia, à un point de vue absolument différent de celui que j'ai suivi. Cette loi, dit-on, aurait prohibé en principe les donations *ultra modum;* mais, ayant négligé de sanctionner sa prohibition par la nullité, elle aurait manqué son but. Aussi serait-ce une *lex imperfecta*. Je reconnais qu'un texte mutilé des règles d'Ulpien (§ 1, *De leg. et mor.*) favorise cette manière de voir, et qu'elle s'appuie plus ou moins mal sur deux textes du Digeste déjà analysés (page 749, note 1). J'ai réfuté par avance l'argument tiré de ces deux textes; quant au fragment d'Ulpien, on ne peut pas facilement, dans l'état où il nous est parvenu, en déterminer la portée et en apprécier la valeur. Mais voici plusieurs questions auxquelles il est impossible de répondre quand on part du point de vue que je repousse : 1° comment se fait-il, si les donations excessives sont vraiment prohibées, que les valeurs acquises par le donataire ne puissent pas lui être retirées dans tous les cas par une *condictio ex injusta causa?* 2° comment se fait-il que la donation *ultra modum* soit certainement une *justa causa usucapiendi* (*Fr. Vat.*, § 293); 3° comment comprendre que les Sabiniens eussent même songé à contester le caractère populaire de l'exception *legis Cinciæ?* 4° enfin, comment expliquer la règle *morte Cincia removetur?* Car assurément on ne triomphe pas d'une prohibition légale par la persistance qu'on apporte à la violer. — En résumé donc, au lieu d'imputer au législateur romain une grossière contradiction, au lieu de lui faire tout à la fois prohiber et permettre les donations *ultra modum*, j'aime bien mieux croire qu'il a seulement voulu prévenir des entraînements irréfléchis. Pourquoi, en effet, prohiber les donations considérables, quand notre générosité trouve un frein si naturel et si sûr dans la prévoyance de chacun et

304. *Droit de Justinien.* — La théorie classique des donations entre-vifs subit avant Justinien trois modifications qui servirent de point de départ à la législation de ce prince : 1° l'empereur Antonin le Pieux, dans une constitution dont le texte ne nous est pas parvenu, mais à laquelle il est fait çà et là quelques allusions (L. 4, C. Th., *De donat.*, VIII, 12. — *Fr. Vat.*, §§ 249 et 314. — Paul, IV, 1 § 11) décida, que la simple convention de donation, pourvu qu'elle eût été écrite, et l'écrit remis au donataire (*Fr. Vat.*, §§ 268 et 297), serait obligatoire entre ascendants et descendants; 2° la loi Cincia étant tombée en désuétude à une époque que nous ne pouvons préciser, sans doute au commencement du quatrième siècle (Nov. 162, cap. 1), on vit apparaître à sa place une théorie nouvelle, celle de l'insinuation (1). Il faut entendre par là la copie ou peut-être la simple analyse de l'acte de donation sur les registres du magistrat supérieur ou du juge local. Cette formalité déjà usitée, mais non obligatoire, au temps des jurisconsultes (*Fr. Vat.*, §§ 266ᵃ et 268), fut imposée pour toutes donations et à peine de nullité, par l'empereur Constance Chlore, et cela beaucoup moins, je pense, dans le but de provoquer le donateur à la réflexion que pour assurer la publicité de la donation et en conserver la preuve (L. 1, C. Th., *De sponsal.*, III, 5). Plus tard, cette exigence fut limitée aux donations supérieures à deux cents solides (§ 2 *sup.*) ; 3° comme conséquence de l'innovation de Constance Chlore, son fils Constantin voulut que toute donation fût constatée par écrit (*Fr. Vat.*, § 249. — L. 27, C., *De donat.*) ; mais sa décision fut abrogée par Théodose le Jeune et Valentinien (L. 28, C., *De donat.*).

En résumé, au moment où Justinien monte sur le trône, la donation se parfait, entre ascendants et descendants, par un écrit remis au donataire, plus, si elle excède deux cents solides, l'insinuation : entre toutes autres personnes, elle suppose l'observation des formes exigées avant la loi Cincia, et, si son importance le comporte, l'insinuation. Que fit ce prince? Deux choses :

1° Il décida qu'entre toutes personnes la simple convention de donation, écrite ou non écrite, deviendrait par elle-même une cause suffi-

dans l'égoïsme du grand nombre? Le tout est d'assurer la liberté du donateur, et cela put paraître particulièrement nécessaire à une époque où Rome commençait à subir l'envahissement de toutes les corruptions.

(1) Il n'est pas prouvé que les deux théories, celles de la loi Cincia et celle de l'insinuation, n'aient pas coexisté quelque temps.

sante d'obligation (1). Au lieu de ne valoir, comme autrefois, que par l'exécution, elle emporta donc nécessité d'exécuter; et le donataire fut investi d'une *condictio ex lege* pour obtenir la translation de propriété, c'est-à-dire la tradition (§ 2 *sup.* — L. 35 § 5, C., *De donat.*, VIII, 54) (2).

2° Justinien n'exigea plus l'insinuation que pour les donations supérieures à cinq cents solides (3), l'omission de cette formalité devant emporter nullité de plein droit, mais seulement pour le surplus. Et de là les conséquences suivantes : 1° le donateur qui n'a pas fait la tradition n'a pas besoin d'exception pour repousser la demande du donataire, en tant qu'elle dépasse cinq cents solides; 2° en livrant la chose, il se met dans l'indivision avec le donataire, celui-ci devenant nécessairement propriétaire pour une part équivalente à cette somme (4); 3° la donation ne constitue pas une *justa causa usucapiendi:* 4° le décès du donateur ne la confirme en aucun cas. — Ce sont là autant de différences entre le régime de l'insinuation et celui de la loi

(1) Toutefois, en vertu d'une règle générale du droit de Justinien, lorsque les parties se proposent de faire un écrit, leur consentement n'est réputé certain et la donation parfaite qu'au moment où l'acte (*instrumentum*) a lui-même reçu sa perfection (L. 17, C., *De fid. instr.*, IV, 21).

(2) Il est évident que, même sous Justinien, la convention de donation est par elle-même impuissante à transférer la propriété, et c'est avec beaucoup de raison qu'il la présente comme une simple *justa causa tradendi* (Inst., § 40, *De div. rer.*, II, 1). Pourquoi donc ailleurs (Pr., *De donat.*) appelle-t-il la donation *genus adquisitionis?* Des interprètes ont cru qu'il faisait allusion à l'insinuation, nécessaire ici pour assurer l'effet translatif de la tradition. Mais il me semble que c'est mettre dans ces deux mots beaucoup plus de sens et de finesse qu'il n'y en a réellement, et que Justinien a tout simplement confondu l'enrichissement dont la donation est la cause avec le fait juridique de l'acquisition.

(3) Une difficulté se présentait pour le cas où la donation avait pour objet une série de prestations dont chacune était inférieure à 500 solides, et dont l'ensemble dépassait cette somme. Fallait-il considérer chaque prestation comme formant une donation distincte affranchie de l'insinuation, ou fallait-il additionner toutes les prestations et exiger l'insinuation? C'est cette dernière opinion que Justinien consacra en principe, n'exceptant que le cas où les prestations devraient durer jusqu'à la mort du donateur ou à celle du donataire. Ici, en effet, il serait impossible de les additionner et d'en faire le total d'avance (L. 34 § 4, C., *De donat.*).

(4) Régulièrement, cette indivision aboutirait à un partage. Mais, pour en éviter les inconvénients, Justinien décide ce qui suit : ou l'objet donné vaut plus de mille solides, ou il vaut moins. Dans le premier cas, le donateur pourra le reprendre tout entier moyennant un remboursement de cinq cents solides; dans le second cas, c'est le donataire qui aura la faculté de le retenir sous la condition de payer la valeur en sus des cinq cents solides. Que si le plus fort propriétaire ne veut pas user de ce droit, l'autre est admis lui-même à réclamer ou à retenir l'objet tout entier, à la charge d'indemniser son copropriétaire (L. 34 § 2, C., *De donat.*).

Cincia (1). Mais il y a analogie en ce que la nullité résultant du défaut l'insinuation peut être proposée non-seulement par le donateur, mais par tous les autres intéressés.

A. Par exception, Justinien affranchit de l'insinuation : 1° les donations *dotis causa* (L. 31 pr., C., *De jur. dot.*, V, 12); 2° les donations faites ou reçues par empereur (L. 34 pr., C., *De donat.*); 3° celles qui tendent à racheter des captifs (L. 36 pr., C., *De donat.*); 4° celles qui ont pour cause la reconstruction d'une maison tombée ou incendiée (L. 36 § 2, C., *De donat.*).

III. — DE L'EFFET ET DE LA RÉVOCATION DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

Lib. II, tit. VII, *De donationibus*, § 2, suite. — Sciendum est tamen quod, et si plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstavimus certis ex causis eas revocare; ne qui suas res in alios contulerunt, ab his quamdam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

Il faut savoir, cependant, que, quelque pleines que soient les donations, l'ingratitude des donataires autorise les donateurs, d'après notre constitution, à révoquer la libéralité dans certains cas, afin que ceux qui ont donné leurs biens ne soient pas injuriés ou mis en perte par les donataires, cela selon les modes énumérés dans notre constitution.

305. J'ai supposé jusqu'à présent un donateur propriétaire, capable d'aliéner et capable de s'obliger. Cela étant, la donation une fois parfaite assure au donataire, selon son objet, un droit réel, un droit de créance, ou sa libération. Néanmoins, à un double point de vue, sa situation est beaucoup moins avantageuse que celle d'un acquéreur ou d'un créancier qui a traité à titre onéreux. En effet, 1° ni les hypothèques ni les vices rédhibitoires dont la chose peut être affectée ne lui permettent d'exercer une action en garantie, parce que cette action aboutirait à appauvrir le donateur au delà de ses prévisions. Mais, ce motif n'allant pas jusqu'à autoriser la mauvaise foi, celui-ci est toujours

(1) C'est ce que Justinien oublie parfois, quand il reproduit, pour les plier à la théorie de l'insinuation, des textes écrits sous l'empire de la loi Cincia. Ainsi l'exception *Cinciæ* apparaît plusieurs fois au Digeste, bien que son nom y soit soigneusement retranché (L. 21 § 1; L. 24, *De donat.* — L. 5 §§ 2 et 5, *De dol. mal. et met. except.*).

tenu par l'action *de dolo* de réparer le dommage résultant de son dol (L. 62, *De œdil. edict.*, XXI, 1); 2° le donateur de bonne foi, pourvu qu'il ait soin d'opposer l'exception *quod facere potest*, n'encourt jamais de condamnation supérieure ni même égale au montant de son actif net (LL. 12 et 33 pr., *De donat.*).

Sous le bénéfice de ces réserves, la donation parfaite est tout aussi irrévocable, tout aussi indépendante de la volonté du disposant, qu'un contrat à titre onéreux. Telle était, sauf peut-être une exception qui va être signalée tout à l'heure, la doctrine absolue du droit classique, et tel est encore le principe posé par Justinien (§ 2 *sup.*). Mais ce prince décide que la libéralité pourra être révoquée en cas d'ingratitude du donataire, et l'ingratitude se caractérise par les faits dont voici l'énumération : 1° injure atroce au donateur; 2° violences matérielles exercées contre lui; 3° mise en péril de son existence; 4° préjudice considérable causé à sa fortune; 5° inexécution des charges (*modus*) dont la donation a pu être grevée (L. 10, C., *De revoc. donat.*, VIII, 56) (1). Les origines de cette doctrine nouvelle sont curieuses à rechercher (2).

A. L'empereur Philippe, dans une constitution (*Fr. Vat.*, § 272) dont il est difficile de dire si elle innova ou si elle ne fit que consacrer un droit déjà reconnu (3), avait décidé que la donation faite par un patron à son affranchi serait toujours révocable à volonté. Une lecture attentive de cette constitution montre que dans la pensée de son auteur le patron ne devait user de cette faculté exorbitante que pour réprimer les écarts de conduite et l'ingratitude de l'affranchi. Mais par cela seul qu'il était laissé juge unique et souverain de la question d'ingratitude, la donation était véritablement révocable sans motifs. Un siècle plus

(1) Sur ce dernier cas, voir page 756, note 2.

(2) On s'est fondé sur un texte de Papinien (L. 31 § 1, *De donat.*) pour soutenir que le droit classique admettait déjà la révocation pour ingratitude. Mais sans parler des autres textes qui démontrent l'erreur de cette conjecture (*Fr. Vat.*, §§ 275, 279 et 314), il est aisé de reconnaître ici la main de Justinien. Et en effet, le texte de Papinien se retrouve, moins la dernière phrase, dans les *Fragmenta Vaticana* (§ 254). Or c'est justement cette phrase, écrite en un latin plus que médiocre, qui accorde au donateur le droit de révocation que le jurisconsulte avait commencé par lui refuser en termes absolus. De la doctrine des jurisconsultes on rapprochera un passage de Sénèque (*De benef.*, III, 6 et 7) qui explique avec élévation pourquoi la législation romaine n'avait admis aucune espèce d'action fondée sur l'ingratitude.

(3) Cette dernière opinion peut s'appuyer sur un texte de Papinien (L. 69 § 6, *De jur. dot.*, XXIII, 3).

tard, en 355, le patron avait perdu ce droit, et on ne l'admettait plus à révoquer la donation que pour une seule cause, lorsqu'il avait disposé n'ayant point d'enfants, et qu'il lui en survenait un plus tard (L. 8, C., *De revoc. donat.*). En même temps que la donation faite à l'affranchi était presque ramenée au droit commun, une tendance à s'en écarter se manifestait d'autre part. En effet, le droit de révocation pour ingratitude fut accordé, en l'année 349, au père et à la mère (1), puis en l'année 426 à tous les ascendants (LL. 7 et 9, C., *De revoc. donat.* — LL. 1 et 6, C. Th., *De revoc. donat.*, VIII, 13). Tels sont les précédents de l'innovation de Justinien : ce prince élargit la pensée de l'empereur Philippe en faisant de la révocation pour ingratitude le droit commun; et il l'organisa avec précision et équité, puisque désormais les cas d'ingratitude, au lieu d'être laissés à l'appréciation discrétionnaire du donateur, furent déterminés par la loi et durent être vérifiés en fait par le juge.

Ce droit de révocation s'exerce par une *condictio ex lege*, simple action personnelle, qui par conséquent ne préjudicie ni aux aliénations ni aux hypothèques ou droits réels consentis par le donataire (L. 7., C., *De revoc. donat.*). Il présente, en outre, ce caractère particulier de ne survivre ni au donateur ni au donataire (L. 10, C., *De revoc. donat.*) (2).

IV. — SPÉCIALITÉS SUR CERTAINES DONATIONS ENTRE-VIFS.

306. *a.* Je me propose de passer en revue la donation *sub modo*, la donation d'une universalité, la donation faite par le père de famille à son enfant en puissance, et la donation qui a pour objet la chose d'autrui.

(1) A l'égard de la mère on subordonna ce droit à deux conditions, savoir : qu'elle eût des mœurs honnêtes et ne fût pas remariée.

(2) Ces règles étaient déjà consacrées par la constitution de Philippe, et Justinien a pu la reproduire textuellement dans son Code en y ajoutant seulement ces trois mots : *si ingratus sit* (L. 1, C., *De revoc. donat.*). Mais ces règles s'appliquent-elles au cas d'inexécution des charges dont la donation est grevée? Il est difficile de le croire, sans quoi elles abrogeraient tout le système du droit ancien relativement à la donation *sub modo*, et alors il faudrait se demander pourquoi Justinien conserve tant de textes qui le consacrent (n° 306). C'est donc, selon moi, par irréflexion qu'il a compté l'inexécution du *modus* parmi les causes d'ingratitude. Au surplus, si c'est là probablement une erreur juridique, c'est à coup sûr aussi une erreur au pointde vue moral : car la raison se refuse à assimiler le donataire qui néglige l'exécution d'une charge à celui qui injurie ou qui frappe son bienfaiteur.

Donation sub modo. — Par *modus* on entend ici une charge imposée au donataire, mais évidemment inférieure à la valeur de la chose donnée. Par ce mélange d'un élément onéreux, la donation ne se transforme pas en contrat (L. 18 pr., *De donat.*). Tel fut d'abord le principe, et les Romains en conclurent que le donateur qui n'a pas eu la précaution d'obliger le donataire par une stipulation n'a pas d'action pour obtenir l'exécution du *modus*. Mais comme il a donné en vue d'un but déterminé (*ob rem*) et que ce but n'est pas atteint, le droit commun l'autorise à répéter sa chose par une action personnelle appelée *condictio ob rem dati* (LL. 2 et 8, C., *De cond. ob caus. dat.*, IV, 6). Dans cet état de la législation, il n'y a pas à distinguer si le *modus* a été imposé en faveur du donateur ou en faveur d'un tiers : l'unique et invariable conséquence de son inexécution est de laisser au donateur un *jus pœnitendi* dont lui seul profite.

Plus tard, on admit que qui accepte une donation *sub modo* s'oblige, car au fond un tel acte participe de l'échange (L. 25 § 11, *De her. pet.*, V, 3), et dès lors voici la distinction qu'il fallut faire : le *modus* a-t-il été imposé en faveur du donateur lui-même, on tient qu'il s'est formé un contrat innommé, et par conséquent le donateur en peut poursuivre l'exécution par l'action *præscriptis verbis* (L. 28, *De donat.* — LL. 9 et 22, C., *De donat.*, VIII, 54) (1). Toutefois il reste libre, s'il le préfère, de redemander sa chose. Les progrès de la jurisprudence lui permirent même, pour arriver plus droit à son but, d'exercer, au lieu de la *condictio*, une *vindicatio utilis* (L. 1, C., *De donat. quæ sub mod.*, VIII, 55). Que si le *modus* a été imposé en faveur d'un tiers, ce tiers est réputé avoir fait une stipulation, et par suite on l'autorise à demander l'exécution par une action *ex stipulatu utilis* (L. 3, C., *De donat. quæ sub. mod.*) (2).

Donation d'une universalité. — Cette donation peut avoir pour objet tout ou partie du patrimoine du donateur (*Fr. Vat.*, § 263), ou une hérédité qui lui est échue (L. 28, *De donat.*), ou un pécule (*Fr. Vat.*, § 260). Dans chacune de ces universalités, il y a ordinairement des choses corporelles, des créances et des dettes. A l'égard des choses corporelles

(1) L'action *præscriptis verbis* est impossible lorsque le *modus* consiste en une simple défense faite au donataire, par exemple en une défense d'aliéner (L. 6, C., *De cond. ob caus. dat.*, IV, 6).

(2) Il ne pouvait pas être question ici de donner au bénéficiaire du *modus* l'action *præscriptis verbis*, cette action supposant, ce que l'on ne peut guère sous-entendre, une dation ou un fait exécuté par celui qui agit.

et des créances, le donataire sera investi par les procédés reconnus propres à parfaire une donation. Quant aux dettes, le donateur ne saurait évidemment, par une libéralité faite à un tiers, se délier envers ses créanciers (1). Mais en vertu de ce principe que les dettes d'une universalité sont la charge inséparable de son actif, le donataire devra les supporter. Au fond, il a été gratifié *sub modo*, et, en conséquence, il sera tenu de l'action *præscriptis verbis* à l'effet ou de défendre le donateur poursuivi, ou de l'indemniser si celui-ci a payé (L. 28, *De donat.*).

Donation faite par un père de famille à son fils in potestate. — Dans le droit classique, cette donation est gouvernée par les règles des pécules. Elle ne devient donc la propriété du donataire que dans deux cas : 1° lorsqu'il est émancipé sans que son pécule lui soit expressément retiré (L. 31 § 2, *De donat.*); 2° lorsque le père a confirmé sa libéralité par une disposition testamentaire (*Fr. Vat.*, § 294). — Ces deux cas mis à part, la donation est forcément nulle, par application de ce principe général que les fils de famille n'acquièrent que pour leur père, et de là deux conséquences : 1° les biens donnés sont compris dans la succession du père défunt et se partagent entre tous ses héritiers (*Fr. Vat.*, §§ 294 et 296); 2° même après la mort du père, cette donation ne peut pas servir de juste cause pour usucaper (L. 1 § 1, *Pro donat.*, XLI, 6).

Dans le troisième siècle, cette doctrine fut modifiée par des rescrits impériaux. Le silence du père prolongé jusqu'à sa mort fut reconnu suffisant pour confirmer la donation, et, en conséquence, les biens qui en faisaient l'objet durent être adjugés hors part à l'enfant donataire par le juge de l'action *familiæ erciscundæ* (L. 2, C., *De inoff. donat.*, III, 29. — *Fr. Vat.*, §§ 274 et 281) (2).

Justinien admit une doctrine mixte. La donation avait-elle été insinuée, ou était-elle par sa modicité affranchie de l'insinuation : le silence du père jusqu'à sa mort la confirmait, et elle était réputée valoir comme donation entre-vifs du jour même où elle avait été faite. Au

(1) Quand la donation avait pour objet une hérédité *ab intestat*, le donateur trouvait dans l'*in jure cessio* un moyen de soumettre directement le donataire aux dettes et d'y échapper lui-même ; mais il fallait que cette *in jure cessio* fût faite avant l'adition (Gaius, II, § 35). La répudiation de l'hérédité *animo donandi* lui fournissait aussi pour tous les cas un moyen sûr, mais praticable seulement quand il voulait faire la donation à l'héritier appelé à son défaut.

(2) Ceci sous la réserve du droit des cohéritiers à faire, s'il y a lieu, réduire la donation comme inofficieuse (n° 360).

contraire, l'insinuation avait-elle été négligée, quoique nécessaire : la donation, au moins pour la quantité excédant cinq cent solides, ne pouvait valoir que par une confirmation testamentaire et seulement comme donation *mortis causa* (L. 25, C., *De donat. int. vir. et ux.*, V, 16).

Donation d'une res aliena. — Je distingue ici deux hypothèses : 1° le donateur a procédé immédiatement par voie de tradition sans être lié par une promesse antérieure ; 2° la tradition est faite en exécution d'une promesse de donation. — Dans le premier cas, la donation ne se forme pas. Dans le second cas, elle est toute formée, mais l'exécution est nulle. Malgré cette différence théorique entre les deux hypothèses, le donateur n'est tenu à garantie ni dans l'une ni dans l'autre, à moins de s'y être engagé par une promesse formelle (L. 2, C., *De evict.*, VIII, 45) (1). Mais, s'il a été de mauvaise foi, l'action *de dolo* compète au donataire pour obtenir, sinon la valeur de la chose, du moins la réparation du dommage qui a pu lui être causé (L. 18 § 3, *De donat.*) (2).

V. — DE LA DONATION *mortis causa*.

Lib. II, tit. VII, *De donationibus*, § 1. — Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem : quum quis ita donat ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accipit; sin autem supervixisset is qui donavit, reciperet, vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam, quum prudenti-

La donation à cause de mort est celle que détermine la considération de la mort : quelqu'un donne de telle sorte que, s'il lui arrive malheur, la chose reste au donataire, et qu'au contraire elle lui revienne s'il survit, s'il se repent de la donation, ou si le donataire décède le premier. Cette donation à cause de mort a été de tous points assimilée au legs. En effet, les prudents ayant discuté s'il fallait la traiter

(1) Un texte de Paul (V, 11 § 5) porte que le donateur n'est pas même obligé par une promesse formelle de garantie : *Nec eo nomine, si promiserit, obligatur.* Mais une telle doctrine est trop absurde pour que l'on puisse croire à la pureté du texte. Il faut donc lire *sed* au lieu de *nec*, ou, ce qui revient au même, remplacer *si* par *nisi*.

(2) Dans la pratique les donateurs avaient l'habitude de faire une promesse *de dolo*, et ils ne pouvaient la refuser quand elle leur était demandée (L. 62, *De æd. ed.*, XXI, 1). Donc pour concevoir ici l'action *de dolo*, qui est subsidiaire, il faut supposer que cette promesse n'a pas eu lieu.

bus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar obtinere oporteret, et utriusque causæ quædam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere quam eum cui donat, magisque eum cui donat quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo :

comme donation ou comme legs, car elle a quelque chose de l'un et de l'autre, nous avons rendu une constitution qui l'assimile aux legs d'une manière à peu près complète et en règle les effets. Et en somme, il y a donation pour cause de mort, lorsque quelqu'un se préfère soi-même au donataire, et préfère le donataire à son propre héritier. C'est ainsi que dans Homère Télémaque donne à Pirée :

Πείραι, οὐ γὰρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε [ἔργα,
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγά- [ροισι
Δάϋρη κτείναντες πατρώια πάντα δάσον- [ται,
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν ἤ τινα [τῶνδε.
Εἰ δὲ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυ- [τεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα [χαίρων.
(*Odyss.*, XVII, v. 78 à 83.)

Pirée, car nous ne savons pas ce qui va arriver, si les fiers prétendants m'ayant tué traîtreusement dans le palais, veulent se partager les trésors de mon père, j'aime mieux que ce soit toi qu'eux qui les possèdes. Mais si je fais tomber sur eux le carnage et la mort, alors vivants tous les deux, tu me les rapporteras dans mon palais.

307. L'expression *mortis causa donatio*, c'est Marcellus et Paul qui nous l'apprennent (L. 13 § 1; 35 § 4, *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6), s'emploie dans trois hypothèses distinctes :

1° Dans une première acception tout à fait impropre, elle désigne une donation ordinaire, mais déterminée par la prévision ou la crainte d'une mort prochaine. Juridiquement, ce n'est pas là une donation *mortis causa;* c'est une simple donation entre-vifs, qui a pour cause la vue de la mort, mais qui ne saurait pour cela changer de caractère (L. 27, *De mort. caus. donat.*).

2° On appelle donation *mortis causa* une donation qui jusqu'au décès du disposant (1) demeure révocable, soit par son changement de vo-

(1) Ceci s'entend, selon l'intention des parties, de deux manières bien différentes : 1° le donateur dispose dans la prévision générale de sa mort, à quelque

lonté, soit par le prédécès du donataire. Ici l'expression a une valeur absolument technique. Cette donation diffère, en effet, de la donation entre-vifs, sur plusieurs points essentiels : 1° on la soumet, autant que sa nature de convention le comporte, aux règles établies pour les legs (n° 404); 2° elle est valable entre époux (L. 9 § 2, *De donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1); 3° dans le droit classique, elle échappe à l'application de la loi Cincia (1); 4° sous Justinien, elle n'est jamais assujettie à la formalité de l'insinuation, mais en revanche, et à l'exemple du fidéicommis verbal, elle exige la présence de cinq témoins (L. 4, C., *De mort. caus. donat.*, VIII, 57); 5° enfin, même sous ce prince, la simple convention ne suffit pas ici pour obliger (2). La donation *mortis causa* continue donc d'exiger l'emploi des procédés autrefois nécessaires à la perfection de la loi entre-vifs.

3° On appelle encore donation *mortis causa* une donation qui est révocable par le prédécès du donataire, mais non par le repentir du donateur, qui par conséquent semble tenir le milieu entre la donation *mortis causa*, telle que je viens de la décrire, et la donation entre-vifs. Comment donc la classer? Sans nul doute, dans le dernier état du droit de Justinien (Nov. 87), il faut la ranger parmi les donations *mor-*

époque qu'elle arrive. En ce cas, il faut absolument que le donataire lui survive pour que la libéralité ne s'évanouisse pas; 2° le donateur, et c'est là peut-être l'hypothèse la plus pratique, dispose dans la prévision d'un danger de mort déterminé résultant, par exemple, d'une maladie, d'une guerre, d'une longue navigation, etc. Ici, le donateur échappant au danger prévu, la donation tombe immédiatement, et il n'importe qu'en définitive le donataire lui survive. Mais quand même le disposant succomberait au danger prévu, la donation ne tiendrait pas, si le donataire l'avait devancé dans la mort (Paul, III, 7 §§ 1 et 2. — LL. 3 à 6, *De mort. caus. donat.*). Au surplus, la donation *mortis causa* peut être subordonnée, des deux mêmes manières, à la mort d'un tiers tout aussi bien qu'à celle du donateur (L. 18 pr., *De mort. caus. donat.*).

(1) C'est là un point que les interprètes ont discuté, car il ne paraît pas que la loi Cincia distinguât expressément entre la donation entre-vifs et la donation *mortis causa*. J'appuie mon opinion sur deux motifs : 1° les textes assez nombreux que nous possédons sur la loi Cincia se réfèrent tous à des donations entre-vifs; 2° il était inutile d'appliquer la loi Cincia à une donation dont le disposant demeure absolument maître. Cela n'eût pas même profité à ses héritiers, puisque la perfection de la donation *mortis causa* suppose une volonté qui persévère jusqu'au décès et que précisément une telle volonté écarte l'application de la loi Cincia.

(2) Cette assertion ne saurait être contestée : car la constitution qui déclare le pacte de donation obligatoire est placée dans un titre (L. 35, C., *De donat.*, VIII, 54) absolument étranger aux donations *mortis causa*, et de plus Justinien exprime qu'elle ne s'applique qu'aux donations à l'égard desquelles on doit se demander si l'insinuation est nécessaire ou non, c'est-à-dire aux donations entre-vifs.

tis causa et lui en appliquer les règles spéciales. Mais est ce bien là la doctrine des Institutes, et, ce qui est plus important, était-ce déjà celle de l'époque classique? Le doute peut naître de la formule même par laquelle les jurisconsultes (L. 1 pr.; L. 35 § 2, *De mort. caus. donat.*), et après eux les Institutes (§ 1 *sup.*), caractérisent la donation *mortis causa :* c'est celle, disent-ils, dans laquelle le donateur se préfère au donataire et préfère celui-ci à ses propres héritiers. Or, que dans notre espèce il préfère son donataire à ses héritiers, cela est évident, puisque sa mort doit assurer le droit de l'un et dépouiller les autres. Mais se préfère-t-il lui-même au donataire? Non, ce semble, car le retrait de la donation ne peut résulter que d'un événement dont il n'est pas le maître, sa survie au donataire. A cette objection, je réponds que fort probablement les textes précités se réfèrent surtout à l'hypothèse si fréquente d'une donation *mortis causa* qui doit tomber non-seulement par la survie absolue du donateur, mais même par sa survie à telle maladie ou à telle autre circonstance déterminée (1). Or, ici, il est bien vrai que le donateur, ne voulant pas se dépouiller vivant, se préfère par cela même au donataire. Quoi qu'il en soit, et en admettant que jusqu'à présent la question demeure indécise, elle me paraît tranchée par une autre considération : c'est que les jurisconsultes (L. 27; L. 35 § 2, *De mort. caus. donat.*) présentent la donation entre-vifs comme absolue et échappant à toute cause de révocation, ce qui revient à dire d'une manière implicite, mais on ne peut plus claire, que la donation révocable même par le seul prédécès du donataire n'est pas une donation entre-vifs; et dès lors elle est nécessairement réputée donation *mortis causa* (2).

(1) Cette conjecture me paraît surtout vraie pour la loi 35 § 2, *De mort. caus. donat.*

(2) En sens inverse, on a allégué un texte de Papinien (L. 42 § 1, *De mort. caus. donat.*) qui me paraît bien plutôt favorable à mon opinion. Le jurisconsulte traite comme donation entre-vifs une donation faite *sine ulla conditione redhibendi*, ce que l'on traduit *sans faculté de révoquer à volonté*. Et de là on conclut que la simple révocabilité par le prédécès du donataire ne suffit pas pour conférer à la libéralité le caractère de donation *mortis causa*. Mais cette conclusion tombe, si l'on considère que le mot *redhibere* ne signifie pas *reprendre à volonté*, mais seulement *reprendre*. Le sens du texte est donc que la donation entre-vifs est celle qui ne peut pas du tout revenir au donateur, celle par laquelle il a disposé *absolute*, comme l'ajoute le jurisconsulte. Au surplus, dans la même loi (*pr.*), Papinien traite comme donation *mortis causa* une donation qui, d'après l'exposé des faits, paraît bien n'être révocable que par le prédécès du donataire. J'ajoute que l'on ne pourrait pas m'opposer sérieusement d'autres textes (LL. 16 et 30, *De mort. caus. donat.*) où il est dit sans distinction que le donateur *mortis causa* peut révoquer de

Pour conclure, je définis la donation *mortis causa* celle qui ne devient jamais parfaite qu'après la mort du donateur, étant révocable naturellement par son repentir, essentiellement par sa survie (L. 32, *De mort. caus. donat.*).

De cette définition ressortent trois propositions qui résumeront toutes les précédentes explications : 1° sont réputées faites *mortis causa*, quoique non qualifiées par les parties, toutes donations expressément soumises à ces deux causes de révocation, ou seulement à la première; 2° sont présumées soumises à l'une et à l'autre cause de révocation, toutes donations qualifiées *mortis causa* sans que dans l'espèce le sens de cette expression ait été précisé; 3° ne sont jamais traitées comme *mortis causa*, quoique qualifiées telles, les donations expressément affranchies de la révocation par le prédécès du donataire (1).

308. Reste à préciser les conséquences du prédécès de l'une ou de l'autre des parties (2). Pour cela, il faut distinguer soigneusement entre la convention elle-même et l'acte quelconque, dation, promesse ou libération, par lequel elle a pris une existence juridique. Quant à la convention elle-même, elle est toujours de plein droit ou confirmée par le prédécès du donateur, ou anéantie par le prédécès du donataire. Quant à l'acte qui a servi à la réaliser, il faut faire une nouvelle distinction : Les parties en ont-elles subordonné l'effet à la condition suspensive du prédécès du donateur (3), en pareil cas son prédécès fait accomplir la condition et naître le droit du donataire, tandis que le prédécès de celui-ci entraînerait défaillance de la condition et empêcherait à jamais la naissance du droit. Cet acte, au contraire, a-t-il été pur et simple : il a immédiatement produit son effet, c'est-à-dire procuré au donataire propriété, créance ou libération. Cela étant, le prédécès du donateur n'a d'autre résultat que d'assurer l'irrévocabilité du

son vivant : car ces textes se réfèrent à l'hypothèse la plus ordinaire, celle dans laquelle la donation est soumise à la fois aux deux causes de révocation. Du reste, je ferai volontiers cette concession que la donation révocable par le seul prédécès du donataire peut être soumise à l'application de la loi Cincia; car le donateur y a un intérêt évident. Sauf cette réserve, je la crois entièrement gouvernée par les règles de la donation *mortis causa*.

(1) En ce cas, la donation peut-elle valoir comme donation entre-vifs? C'est là sans doute une question de fait qui doit se résoudre d'après l'intention des parties.

(2) Tout ce que je dirai du cas de prédécès du donataire devra s'appliquer aussi au cas où le donateur userait du droit de révoquer par sa seule volonté.

(3) On sait déjà que, selon la nature de cet acte, par exemple s'il s'agit d'une mancipation ou d'une *in jure cessio*, cette condition ne pourra être que tacite, à peine de le rendre nul (n° 224).

droit déjà acquis; quant au prédécès du donataire, il ne résout pas ce droit *ipso jure*, mais il lui ôte sa cause, et par cela même oblige les héritiers du donataire à une restitution.

Rien de plus simple que l'application de ces principes à la donation réalisée par voie de promesse, de délégation ou de libération. Faits sous condition, ces actes n'existent que par la survie du donataire; alors seulement acquiert-il ou créance ou libération, mais cette acquisition est immédiatement définitive. Faits purement et simplement, ces mêmes actes l'ont dès le début investi ou libéré d'une action. Survit-il : ce résultat, jusque-là révocable, devient définitif. Prédécède-t-il : la créance ou la libération n'en subsistent pas moins, parce qu'il est de principe que nul ne peut ni devenir créancier ni être libéré *ad tempus*. Seulement, ses héritiers sont tenus d'une *condictio* à l'effet de remettre les choses dans l'état où elles seraient s'il n'y avait jamais eu ni créance ni libération acquise à leur auteur (L. 76, *De jur. dot.*, XXIII, 3) (1).

Plus délicate et plus compliquée est l'hypothèse d'une donation par voie de dation. Si d'abord nous supposons que la translation de propriété a été seulement conditionnelle, la survie du donataire entraîne pour lui acquisition immédiate du droit de propriété qu'il n'avait pas encore (2), tandis que, s'il prédécède, le donateur ne fait que conserver définitivement ce droit dont il ne s'était pas dépouillé. Il suit de là que la revendication, qui du vivant des deux parties ne compète jamais qu'au donateur, appartient finalement à celle des deux qui survit (L. 29. *De mort. caus. donat.* — L. 15, *De manum.*. XL, 1). Plaçons-nous maintenant dans le cas le plus ordinaire, celui d'une translation de propriété faite purement et simplement. Nulle difficulté, si c'est le donataire qui survit : il ne fait que conserver irrévocablement le droit de propriété et l'action en revendication qu'il avait déjà. Mais si c'est lui qui prédécède, la convention des parties veut que le donateur recouvre son droit de propriété (L. 19 pr., *De reb. cred.*,

(1) Dans le cas spécial où la donation s'est réalisée par un pacte *de non petendo* le donateur n'a pas besoin de cette *condictio :* il lui suffit d'exercer son action ancienne que le pacte n'a pas pu éteindre de plein droit.

(2) Ceci fournit l'explication d'un texte (L. 2, *De publ.*, VI, 2) où la donation *mortis causa* est présentée comme une manière d'acquérir. Mais il est évident que c'est là un langage inexact. Quoique la translation de propriété ne s'opère ici qu'au jour du décès du donateur, c'est toujours de la tradition ou de la mancipation qu'elle résulte; la mort du donateur ne fait que réaliser la condition qui suspendait l'effet de ces actes.

XII, 1), et pourtant la perpétuité de ce droit s'oppose à ce qu'elle lui revienne *ipso jure*, car le donataire n'a pas pu acquérir *ad tempus* (n° 202). Quelle sera donc la position du donateur? De deux choses l'une : ou il possède, ou il ne possède pas. S'il possède, soit en vertu d'un constitut possessoire, soit qu'il ait mancipé la chose sans la livrer, une exception de dol lui suffit pour se défendre contre la revendication des héritiers du donataire (L. 42 pr., *De mort. caus. donat.*). S'il ne possède pas, on ne peut lui donner qu'une action personnelle à l'effet d'obtenir une retranslation de propriété. Et cette action sera ou une simple *condictio sine causa* fondée sur ce que le donataire s'est enrichi sans cause aux dépens du donateur, ou une *condictio ob rem dati* dérivant du pacte de restitution qui a accompagné expressément ou tacitement le transport de propriété (L. 35 § 3, *De mort. caus. donat.*) (1). Telle est la pure doctrine du droit classique; et elle entraîne no-

(1) Certains interprètes croient que le donateur peut, s'il le préfère, agir par l'action *præscriptis verbis*, ce qui revient à dire que la donation *mortis causa* aurait fini, comme la donation *sub modo* (n° 306), par être classée parmi les contrats innommés. En ce sens on allègue d'abord deux textes dont l'un donne, à côté de la *condictio*, une action *in factum*, et l'autre une action *utilis* (L. 18 § 1; L. 30, *De mort. caus. donat.*). Mais, outre que de telles expressions ne sont nullement synonymes d'action *præscriptis verbis*, on remarquera que ces deux textes appartiennent l'un à Julien, l'autre à Ulpien; or l'hypothèse de Julien ne pourrait rentrer que dans les contrats *facio ut des*, catégorie pour laquelle il est certain que ce jurisconsulte n'admettait pas l'action *præscriptis verbis* (L. 7 § 2, *De pact.*, II, 14); et quant à Ulpien, très-probablement par action utile il entend ici la revendication que, contrairement à la doctrine générale de son temps, il accordait au donateur. On allègue encore un texte portant que les disciples de Cassius n'avaient pas hésité à donner ici la *condictio ob rem dati* (L. 35 § 3, *De mort. caus. don.*). Cette façon de parler semble bien attester une controverse entre les deux écoles. Mais sur quoi portait-elle au juste? Le texte ne nous le dit pas, et peut-être la question était-elle de savoir si c'était la *condictio ob rem dati* qu'il fallait admettre dans l'espèce, ou simplement la *condictio sine causa*. Quoi qu'il en soit, de ce que les Sabiniens donnaient la *condictio ob rem dati*, nous ne pouvons pas conclure que les Proculiens donnassent de plus l'action *præscriptis verbis*, et nous en conclurions bien moins encore que cette action fût accordée par les Sabiniens eux-mêmes, puisqu'à l'époque de Cassius ils la repoussaient encore d'une manière générale. On remarquera d'ailleurs que la *condictio ob rem dati* n'implique pas absolument la formation d'un contrat innommé (L. 1 §§ 3 et 4, *De rer. permut.*, XIX, 4). Au surplus, si l'opinion que je viens de rapporter n'est pas certaine, l'opinion contraire ne l'est pas davantage : on a bien prétendu que tout contrat innommé serait à titre onéreux; mais plusieurs textes prouvent que, si c'est là le fait ordinaire, ce n'est pas du tout un fait nécessaire (L. 16 pr., L. 17 §§ 2, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — L. 6 C., *De jur. dot.*, V, 12). La question reste donc douteuse.

Ai-je besoin d'ajouter qu'au lieu de la *condictio*, le donateur pourrait certainement exercer l'action *ex stipulatu* ou l'action *directa fiduciæ*, s'il avait eu la précaution de stipuler la restitution ou de joindre un contrat de fiducie à l'aliénation? Mais ce sont

tamment les deux conséquences suivantes : 1° les aliénations et plus généralement les droits réels consentis par le donataire survivent à la résolution de la convention de donation, et par suite le donataire est exposé à ne recouvrer que le prix de sa chose au lieu de la chose elle-même (L. 19, *De mort. caus. donat.*) (1); 2° si les héritiers du donataire sont insolvables, le donateur devra subir la loi du concours avec les autres créanciers, loi à laquelle il échapperait s'il pouvait se dire propriétaire. — C'étaient là des inconvénients très-sérieux : aussi Ulpien, mû par le désir de protéger avant tout les intérêts du donateur (2), propose-t-il, non sans quelque timidité, de lui accorder une revendication utile, ce qui revient à admettre que la convention de donner, une fois résolue, entraîne de plein droit résolution de la translation de propriété elle-même (L. 29, *De mort. caus. donat.*). Dans la législation de Justinien, qui reconnaît d'une manière générale la validité des aliénations faites *ad tempus* (n° 202), la doctrine d'Ulpien n'est plus que l'application du droit commun. Le donateur peut donc, dans cet état de choses, choisir entre la *condictio* et la revendication (3).

VI. — DE LA DONATION ENTRE ÉPOUX.

309. *a.* Les donations entre époux furent longtemps permises à

là des éléments étrangers à la donation elle-même, et que j'ai dû écarter pour ne déterminer que les conséquences normales et nécessaires de la résolution de la convention.

(1) Ce texte appartient à Julien. Mais il y en a un autre (L. 37 § 1, *De mort. caus. donat.*) qui ferait croire que ce jurisconsulte permettait au donateur de choisir, en cas d'aliénation par le donataire, entre la restitution du prix et la revendication de la chose elle-même. Il n'en est rien : ce dernier texte contient une interpolation évidente à force de maladresse; elle consiste dans ces quatre mots, *et hoc donator elegerit*, par lesquels Justinien fait allusion à sa propre doctrine sans se préoccuper de l'incohérence et de la contradiction qui en résultent.

(2) L'intérêt des tiers le touche évidemment moins; et il faut reconnaître que sa doctrine leur ménage des surprises désagréables, s'ils ont ignoré le caractère résoluble du droit du donataire, ignorance toute naturelle sous une législation ou les translations de propriété ne sont soumises à aucune condition de publicité.

(3) Cette option suppose une donation ayant pour objet la chose du donateur lui-même. S'il a donné la chose d'autrui, la *condictio* me paraît seule possible, encore que le donataire ait usucapé. Car le droit de celui-ci a beau se résoudre *ipso jure*, cela peut bien faire revivre les droits que le donateur avait au jour de l'aliénation, mais cela ne peut pas lui en donner un qu'il n'a jamais eu (L. 13 pr., *De mort. caus. don.*). Pareillement, ce n'est que par la *condictio* que le donateur peut se faire restituer les fruits et autres accessoires acquis par le donataire avant la résolution de la donation (L. 12, *De cond. caus. dot.*, XII, 4. — L. 38 § 3, *De usur.*, XXII, 1).

Rome, mais longtemps aussi elles y furent rares, parce que la plupart des femmes mariées, étant *in manu*, n'avaient rien à donner et ne pouvaient rien acquérir pour elles-mêmes. Plus tard, la *manus* étant devenue moins fréquente, on se défia des libéralités qu'inspire un amour aveugle et que regrette ensuite une réflexion froide; on craignit aussi qu'un conjoint ne se dépouillât trop facilement sous une menace de divorce. Donc, dans le double but d'assurer la liberté réciproque des époux et d'empêcher que le maintien du mariage ne s'achetât à prix d'argent, la coutume prohiba ces donations (LL. 1, 23 pr., *De donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 4) (1).

Cette prohibition, qui n'atteint évidemment ni les concubins ni les simples fiancés (L. 3 § 1; L. 27, *eod. tit.*), mais qui s'étend aux personnes placées sous la puissance du conjoint et à la personne investie de la puissance sur lui (L. 3 §§ 4 et s., *eod. tit.*), fut interprétée avec toute la douceur que comportaient ses motifs. Aussi en exceptat-on : 1° les donations qui n'appauvrissent pas le donateur, c'est-à-dire qui ne diminuent pas son capital, par exemple celle qui s'opère par répudiation d'une hérédité ou d'un legs (L. 5 §§ 13 et 14, *eod. tit.*), celle qui a pour objet une *res aliena* que l'époux donateur ne pouvait pas usucaper (L. 25, *eod. tit.* — L. 3, *Pro donat.*, XLI, 6) (2), ou celle qui porte seulement sur des fruits ou des intérêts (L. 17 pr., *De donat. int. vir. et ux.*) (3); 2° les donations qui n'enrichissent pas le donataire, c'est-à-dire qui ne grossissent pas son capital. Telles sont celles qui auraient pour objet le simple usage d'une chose (L. 18, *eod. tit.*) (4), un terrain destiné à servir de sépulture ou à être con-

(1) C'est par le travail des prudents (*jus civile*) que cette prohibition entra dans la coutume (*Fr. Vat.*, § 96). Elle était déjà admise à l'époque de Labéon (LL. 65 et 67, *De donat. int. vir. et ux.*). Mais elle ne l'était pas encore quand fut rendue la loi Cincia, puisque cette loi comptait les époux parmi les *exceptæ personæ* (*Fr. Vat.*, § 302).

(2) Cette donation est valable, parce que l'époux donateur ne pouvait pas compter dans ses biens une chose dont il n'avait aucune espérance de devenir propriétaire (L. 49, *De verb. signif.*, L, 16). Elle constitue donc pour le conjoint donataire une *justa causa usucapiendi*. On objecte, il est vrai, que ce donataire, s'il est de bonne foi, c'est-à-dire s'il croit son conjoint propriétaire, doit par cela même tenir la donation pour nulle; sinon, il commet une erreur de droit, erreur qui fait obstacle à l'usucapion. La réponse est fort simple : son erreur ne supprime pas les éléments de fait qui rendent la donation valable, et c'est le cas de dire : *plus est in re quam in existimatione mentis* (L. 9 § 4, *De jur. et fact. ignor.*, XXII, 6).

(3) Il faut excepter les fruits et intérêts de la dot (L. 20, C., *De jur. dot.*, V, 12).

(4) Ceci n'est point contredit par Papinien, quand il décide que le bail fait *donationis causa*, c'est-à-dire sans prix fixé ou pour un prix insignifiant, est nul (L. 52

sacré aux dieux d'en haut (L. 5 §§ 9 à 12, *eod. tit.*), ou encore un esclave que le donataire s'engage à affranchir dans un délai déterminé (L. 7 § 9, *eod. tit.*); 3° les donations *mortis causa*, car leur perfection suppose le mariage dissous (L. 9 § 2; L. 10, *eod tit.*) (1); 4° les donations que la femme ferait à son mari *honoris causa*, par exemple pour qu'il pût obtenir la dignité de chevalier ou le droit de porter le laticlave (LL. 40 à 42, *eod. tit.*); 5° les donations faites *exsilii causa*, c'est-à-dire à un conjoint exilé (L. 43, *eod. tit.*); 6° les donations faites *divortii causa*, c'est-à-dire en vue d'un divorce prochain et sérieux. Mais ces donations ne valent qu'une fois le divorce consommé (L. 11 § 11; LL. 12 et 13 pr., *eod. tit.* — Ulp., VII § 1).

Hormis ces cas exceptionnels et quelques autres sans importance, la donation entre époux est entièrement nulle et dénuée d'effet, c'est-à-dire qu'en cas de tradition le donateur peut ou revendiquer à toute époque sans avoir à craindre que le donataire n'usucape, ou, si la chose a été consommée, agir par *condictio;* qu'en cas de promesse, il n'est soumis à aucune action, et peut de même, s'il a payé, revendiquer ou exercer la *condictio;* qu'enfin, en cas de remise de dette, même par acceptilation, il demeure créancier (L. 3 § 10; L. 48, *eod. tit.* — L. 1 § 2, *Pro don.*, XLI, 6.). — Toutefois les droits du donateur sont limités par les deux règles suivantes : 1° il ne peut jamais, ni par la revendication ni par la *condictio*, obtenir une restitution supérieure au capital donné; il n'a donc droit ni aux intérêts ni aux fruits (L. 15 § 1; L, 17 pr., *eod.tit.*) (2), et il est tenu de rembourser la valeur des améliorations qui proviennent du fait du donataire (L. 10, *De dol. mal. et met. exc.*,

pr., *De donat. int. vir. et ux.*). Le sens du texte est celui-ci : la convention ne peut valoir ni comme bail, parce qu'il n'y a pas de prix, ni comme donation, parce que la donation exige quelque chose de plus que le consentement. Mais le jurisconsulte ne dit pas du tout que si la convention a été exécutée, l'époux donateur puisse se faire restituer l'estimation du bénéfice que la jouissance de sa chose a procuré à l'autre époux.

(1) Entre époux, la donation *mortis causa* ne produit jamais aucun effet avant le décès du donateur; notamment le transport de la propriété ne s'opère qu'à cette époque (L. 52 § 1, *De donat. int. vir. et ux.*), et de là des conséquences importantes (L. 76, *De her. inst.*, XXVIII, 5). Cependant, si les parties ont voulu qu'elle fût transférée tout de suite, leur intention a pour résultat de faire rétroagir la donation une fois parfaite. Par conséquent le prédécès du donateur valide les aliénations consenties par le donataire, de même qu'il assure à celui-ci le bénéfice des acquisitions faites par l'esclave donné (L. 11 pr., §§ 2 et 9; L. 20, *De donat. int. vir. et ux.*).

(2) Cedendant Pomponius (L. 45, *De usur.*, XXII, 1) ne laisse au donataire que les fruits dus à son travail; et Marcellus (L. 49, *De donat. int. vir. et ux.*), dans une hypothèse, il est vrai, un peu spéciale, semble exiger qu'il les rende tous.

XLIV, 4); 2° l'époux donataire, attendu qu'il tient la chose du propriétaire lui-même, et que par là sa position est beaucoup plus favorable que celle d'un détenteur ordinaire, ne peut jamais être dépouillé que du profit qui lui reste au jour de la *litis contestatio* (L. 5 § 18; L. 7 pr., *eod. tit.*) (1). D'où il suit que le donateur revendiquant ne peut pas, à défaut de restitution sur l'ordre du juge, fixer lui-même le montant de la condamnation, et qu'il doit garantir son conjoint de l'éviction (L. 36 pr., *eod. tit.*); que si le donataire a employé les deniers donnés à acheter une chose de valeur très-inférieure, il ne doit que cette valeur (2); et que, si la chose achetée a complétemenl péri par cas fortuit, il ne doit plus rien (L. 28 § 3; L. 50 § 1, *eod. tit.*).

310. *a.* Telle fut la législation jusque vers la fin du règne de Septime Sévère, époque où le sénat la modifia sur la proposition de Caracalla (3). Jusque-là la donation entre époux, comme celle qu'un père de famille aurait faite à son fils (n° 306), ne pouvait valoir qu'en vertu d'une confirmation testamentaire expresse. Désormais, tout en restant nulle de plein droit, elle dut être tacitement confirmée par cela seul que le donateur mourrait dans la même volonté et le mariage subsistant encore. La nullité ne devenait donc définitive que par le repentir du donateur, le prédécès du donataire (4), ou le divorce (L. 32 pr., §§ 2 et 10, *eod. tit.*)

La donation, ai-je dit, reste nulle malgré le sénatus-consulte, c'est-à-dire que le donateur repentant, survivant ou divorcé, n'a pas besoin d'une *condictio* pour anéantir les résultats de la tradition, de la promesse ou de la remise de dette qu'il a pu faire (5). En effet, la tradition

(1) J'excepte le cas où la chose aurait été dégradée ou détruite par son dol (L. 37, *De donat. int. vir. et ux.*).

(2) La loi 55, *De donat. int. vir. et ux.*, permet au donateur de revendiquer la chose achetée des deniers donnés. Mais j'estime que la dernière phrase du texte a été ajoutée par Justinien.

(3) Les interprètes ont quelquefois nommé ce sénatus-consulte Émilien, du nom de l'un des consuls de l'année. Plus volontiers les textes l'appellent *oratio Antonini*, de même qu'ils appellent *oratio Severi* celui que Septime Sévère proposa relativement à l'aliénation des immeubles des mineurs de vingt-cinq ans (n°s 18 et 149).

(4) La donation est confirmée lorsqu'il est impossible de prouver qui est mort le premier, du donateur ou du donataire. Il en est de même si tous les deux ont été faits prisonniers ensemble et qu'ils meurent l'un et l'autre *apud hostes*, car alors leur mort est réputée remonter au début de leur captivité (L. 32 § 14, *De donat. int. vir. et ux.*). Les mêmes décisions sont admises quand il s'agit de savoir si une donation *mortis causa* est ou non révoquée (L. 26, *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6).

(5) Cette *condictio* serait, au contraire, indispensable si, comme on le dit quelquefois, le sénatus-consulte avait eu pour effet de rendre les donations entre époux va-

ne l'a pas dépouillé de sa propriété, sa promesse ne l'a pas obligé, et, en faisant une remise de dette, il n'a pas cessé d'être créancier (L. 32 § 13; LL. 33, 34 et 35, *eod. tit.*) (1).

D'autre part, ai-je ajouté, le prédécès du donateur confirme de plein droit la donation : de ce moment donc, l'acte qui la réalise devenant valable, le donataire acquiert propriété, créance ou libération (L. 32 § 1, *De donat. int. vir. et ux.*).

Il n'est pas difficile d'apercevoir que, depuis le sénatus-consulte, la donation entre-vifs faite par un conjoint à son conjoint présente une grande ressemblance avec la donation *mortis causa*, tout au moins lorsque celle-ci se réalise par un acte simplement conditionnel et qu'elle demeure révocable à volonté. Aussi est-il probable que par analogie les jurisconsultes la soumirent dans une assez large mesure aux règles des legs, sûrement il lui appliquèrent et la loi Falcidia et les dispositions qui limitaient entre époux le *jus capiendi* par décès (L. 32 § 1, *eod. tit.* — *Fr. Vat.*, § 294). Mais Justinien la fit rentrer dans sa nature de donation entre-vifs par les deux décisions suivantes : 1° le barreau d'Illyrie ayant soulevé la question de savoir si elle pouvait se former par simple pacte, ou si elle continuait d'exiger, comme les donations *mortis causa*, une tradition, une promesse ou tout autre acte juridique, Justinien se prononça dans le premier sens (Nov. 162, cap. 1) ; 2° il la soumit à l'insinuation dans les mêmes cas que toute autre donation entre-vifs, et il décida que, régulièrement insinuée, ou affranchie de l'insinuation à cause de sa modicité, elle vaudrait, une fois confirmée, comme donation entre-vifs et avec effet rétroactif au jour de l'insinuation ou de la convention, ce qui lui enlevait absolument son caractère de disposition à cause de mort. Mais à défaut d'insinua-

lables, mais révocables à volonté. Cette manière de parler se fonde, je le reconnais, sur certains textes (L. 32 § 16; L. 55, *De donat. int. vir. et ux.*) ; mais l'inexactitude en est démontrée par les décisions que je cite.

(1) Ce que je dis implique que l'innovation du sénatus-consulte concernait toutes les donations régulièrement nulles entre époux, et telle est en effet la doctrine d'Ulpien (L. 32 §§ 1 et 23; L. 33 pr. *De donat. int. vir. et ux.*). Telle est aussi celle que consacre un rescrit d'Alexandre Sévère (L. 2, C., *De dot. caut.*, V, 15). Mais la question avait été discutée, et Ulpien nous apprend (L. 23, *eod. tit.*) que, selon Papinien, les donations par voie de dation (*donationes rerum*) auraient seules bénéficié de la disposition du sénatus-consulte. Il est remarquable que d'après ce dernier texte Ulpien approuverait l'opinion de Papinien; mais sans nul doute le mot *recte*, qui exprime cette approbation, a été interpolé, et cela par une suite de l'habitude qu'ont les compilateurs du Digeste de faire fléchir les décisions des autres jurisconsultes devant celles de Papinien.

tion, elle ne put plus valoir, pour la quantité excédant cinq cents solides, qu'en vertu d'une confirmation testamentaire expresse, et seulement comme donation *mortis causa*. Par cette dernière décision, Justinien rétrogradait au delà du sénatus-consulte (L. 25, C., *De donat. int. vir. et uxor.*, V, 16).

DE LA DOT.

SOMMAIRE. I. De la constitution de dot. — II. Des effets de la constitution de dot. — III. De l'inaliénabilité du fonds dotal. — IV. Des donations *propter nuptias*.

I. — DE LA CONSTITUTION DE DOT.

311. C'est sur le mari seul que pèsent légalement toutes les charges du mariage; mais l'équité veut que la femme, qui partage son existence dans la famille et son rang dans la société, y contribue pour une part : de là l'idée de la dot. On appelle ainsi des valeurs que la femme elle-même ou un tiers apporte au mari pour l'aider à supporter ces charges. La dot devient la propriété du mari, et à ce titre on l'oppose aux biens dont la femme conserve la propriété et que l'on appelle tantôt παράφερνα, tantôt *peculium* (L. 9 § 3, *De jur. dot.*, XXIII, 3. — L. 31 § 1, *De donat.*) (1).

Dans le droit classique, c'est Ulpien (VI § 1) qui nous l'apprend, la dot se constitue par trois procédés : 1° *Dation*, ou transport de propriété sans obligation préalable. — A la dation les jurisconsultes assimilent l'acceptilation qu'un créancier ferait à son débiteur en vue de lui laisser à titre de dot la somme ou les valeurs quelconques qui

(1) La femme *in manu* n'a jamais de biens paraphernaux, puisqu'elle ne peut pas être propriétaire. Que si elle était *sui juris* avant de tomber sous la *manus*, tous ses biens sont devenus la propriété du mari (n° 479). Cela est hors de doute, mais ces biens forment-ils une dot? Cicéron (*Top.*, 4) l'affirme, et je retrouve exactement la même idée dans un fragment de Paul (*Fr. Vat.*, § 115). Or cette idée fut vraie tant que l'obligation de restituer la dot ne fut pas imposée au mari. Car les biens à lui acquis par la *conventio in manum* lui procuraient les mêmes avantages et lui servaient aux mêmes fins que la dot apportée par la femme qui n'était pas *in manu*. Mais le jour où l'action en restitution de la dot fut introduite, put-on encore considérer comme dotaux les biens acquis au mari par l'effet de la *manus*? La question se ramène à celle-ci : de tels biens deviennent-ils restituables une fois la *manus* dissoute? Sans doute nul ne peut être débiteur, même éventuellement, d'une personne qu'il a sous sa puissance. Mais pourquoi la dissolution même de la *manus* n'engendrerait-elle pas une obligation? Du reste, lorsqu'il s'agit de biens constitués à la femme par un tiers, ce tiers a pu aisément s'en assurer la restitution ou par une stipulation ou par un contrat de fiducie.

forment l'objet de sa dette (L. 10. *De cond. caus. dat.*, XII, 4); 2° *Promesse.* — Nous n'avons ici qu'une des innombrables applications du contrat de stipulation. Dans ce procédé rentre évidemment l'exécution de la délégation; le constituant s'engage alors envers le créancier du mari, ou fait engager son propre débiteur, soit envers ce créancier, soit envers le mari lui-même; 3° *Dotis dictio*, forme ancienne et toute spéciale de contrat *verbis* dont on ne rencontre pas d'autre application. — Elle diffère certainement de la stipulation en ce qu'elle n'exige pas de question et de réponse. Le constituant prononce des paroles solennelles, dont très-probablement la formule est celle-ci : *fundus ille tibi doti erit, centum tibi doti erunt* (LL. 25, 44 § 1; 46 § 1; 59 pr., *De jur. dot.*, XXIII, 3). Ces paroles doivent-elles être suivies d'une acceptation expresse du mari? L'affirmative se fonde sur un passage de Térence qui n'a rien de décisif (*Andria*, V, 4, v. 47 et 48) (1).

Sous les empereurs Théodose et Valentinien, le simple pacte de constitution de dot devint obligatoire (L. 6, C., *De dot. promiss.*, V, 11). Dès lors la *dotis dictio* tomba en désuétude, de sorte que, dans le dernier état du droit, la dot se constitue par dation, par promesse ou par simple pacte.

La dation et la promesse, comme plus tard le pacte, sont des procédés à la portée de tout le monde, tandis que la *dotis dictio*, pour des motifs qui m'échappent, n'est accessible qu'à trois sortes de personnes : 1° la femme elle-même; 2° son débiteur; 3° l'ascendant sous la puissance duquel elle est placée (Ulp., VI § 2).

La constitution de dot, cela résulte de la nature même des procédés par lesquels elle se réalise, implique toujours ou capacité d'aliéner ou capacité de s'obliger. Appliqué à la femme, ce principe conduit à deux conséquences notables : 1° si elle est *sui juris*, elle ne peut se doter sans l'*auctoritas* de son tuteur (n° 165); et depuis la disparition de la tutelle des femmes pubères, il lui faut, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, le consentement de son curateur (L. 26, C., *De jur. dot.*, V, 12) (2); 2° si elle est *alieni juris*, elle ne peut user ni de la dation,

(1) On verra plus loin (n° 709) que la *dotis dictio* a quelquefois pour effet d'éteindre une obligation. C'est ce qui arrive notamment quand elle est faite par le débiteur de la femme. A ce point de vue, la *dotis dictio* peut être comparée à la novation et à l'acceptilation.

(2) Cette dernière doctrine se rencontre dans un texte placé au Digeste sous le nom de Celsus (L. 60, *De jur. dot.*), mais évidemment remanié, car il contredit d'autres textes d'une authenticité certaine (*Fr. Vat.*, §§ 110. — Ulp., XI §§ 20 et 22).

puisqu'elle n'a pas de patrimoine, ni de la *dotis dictio*, car cette forme de contrat lui est expressément interdite (*Fr. Vat.*, § 99); sa seule ressource est donc de s'obliger par voie de promesse (1).

La constitution de dot peut précéder ou suivre le mariage (Paul, II, 21b § 1) (2). Quand elle le précède, comme c'est l'ordinaire, la dot ne commence à exister qu'à partir du mariage contracté, j'entends que jusque-là il n'y a pas lieu d'appliquer les règles qui lui sont spéciales. Car qui dit dot dit essentiellement mariage (L. 3, *De jur. dot.*). En supposant donc que le mariage vienne à manquer, il faudra faire la distinction suivante : l'acte juridique destiné à constituer la dot avait-il été expressément ou tacitement soumis à la condition *si nuptiæ sequantur* (3), alors la condition est réputée défaillie, et le mari n'a acquis

(1) Encore est-ce une question fort douteuse que de savoir si à toute époque les filles de famille purent s'obliger même par les procédés du droit commun.

(2) Il suit de là que la dot peut aussi être augmentée pendant le mariage, et c'est ce que beaucoup de textes supposent. Mais à l'inverse elle ne peut être diminuée une fois le mariage contracté; car ce serait là une restitution partielle, et la restitution de la dot suppose en principe le mariage dissous (L. unic., C., *Si dos const. matr.*, V, 19). Cependant cette faculté de diminuer la dot *constante matrimonio* fut admise dans le Bas-Empire et maintenue par Justinien (L. 19, C., *De donat. ant. nupt.*, V, 3. — Nov. 22, cap. 31).

(3) Supposons que cette condition affecte une constitution de dot faite par tradition et émanant d'un tiers. Le mariage qui ne serait contracté qu'après la mort du constituant suffirait-il à rendre la tradition efficace? et pour élargir la question, la condition qui suspend l'effet d'une tradition peut-elle s'accomplir utilement après la mort du *tradens?* Julien, sans s'attacher à aucune hypothèse précise, dit oui d'une manière générale (L. 2 §§ 5, *De donat.*, XXXIX, 5). Ulpien, au contraire, dans un texte qui vise spécialement la constitution de dot, paraît décider négativement (L. 9 § 1, *De jur. dot.*, XXIII, 3); mais tout de suite il détruit sa doctrine en ajoutant que par faveur pour la dot il faut ou obliger l'héritier du constituant à exécuter la volonté de son auteur ou la tenir de plein droit pour exécutée. La décision de Julien est sans contredit la plus logique; car là même où la condition accomplie n'a pas d'effet rétroactif, et elle n'en a jamais quand elle affecte un transport de propriété, c'est une règle générale qu'elle se réalise utilement même après la mort des parties. Cette règle toutefois cesse dans les actes qui n'admettent que la condition tacite, tels que l'*in jure cessio*, la mancipation ou l'acceptilation. Là, en effet, comme le prouvent des textes relatifs à l'*in jure cessio* (page 647, note 2), l'acte est réputé d'une manière absolue ne se former qu'au moment où la condition arrive; il ne se forme donc pas si à ce moment l'un des éléments nécessaires à sa validité originaire a disparu. Cette observation nous permet de rétablir la véritable pensée d'Ulpien. Sans doute, il se plaçait dans l'hypothèse d'une dot constituée par *in jure cessio* ou par mancipation : cette hypothèse étant devenue impossible dans la législation de Justinien, ce prince y substitue celle d'une tradition; mais alors, se trouvant en présence d'une décision aussi contraire aux principes du droit qu'à l'équité, il la corrige par une phrase finale dont la rédaction attesterait à elle seule qu'elle n'est pas l'œuvre d'un jurisconsulte classique.

ni propriété, ni libération, ni créance. Cet acte, au contraire, était-il pur et simple : bien qu'il n'aboutisse pas à constituer une dot, il a produit son effet normal, indépendant du but particulier que les parties se proposaient ici. Voilà donc un homme investi d'un droit qui n'a pas de cause et dont par conséquent il ne saurait légitimement conserver le bénéfice. Pour le lui enlever, le constituant exercera, non pas l'action *rei uxoriæ* qui suppose une dot, mais la *condictio sine causa*. Par cette action, le défendeur, devenu propriétaire, devra retransférer la propriété; libéré, faire revivre sa dette ou la payer; devenu créancier, éteindre sa créance ou en rembourser le payement déjà reçu. L'application de cette distinction entre l'acte conditionnel et l'acte pur et simple eût soulevé de nombreuses difficultés, si les jurisconsultes n'avaient établi ici quelques présomptions pour diriger le juge : la dation sera donc toujours réputée pure et simple, sauf preuve contraire (L. 7 § 3; L. 8, *De jur. dot.*), tandis qu'à l'inverse la condition *si nuptiæ sequantur* est toujours présumée sous-entendue dans la promesse (L. 4 § 2, *De pact.*, II, 14. — L. 21; L. 41 § 1, *De jur. dot.*), et à plus forte raison, je pense, dans la *dotis dictio*. Quant à l'acceptilation, il est fort possible que la doctrine romaine ait varié : Javolénus la présume pure et simple (L. 10, *De cond. caus. dat.*, XII, 4). Scévola et Ulpien, plus récents, paraissent la présumer conditionnelle (L. 43 pr., *De jur. dot.*).

II. — DES EFFETS DE LA CONSTITUTION DE DOT.

312. Le mari, je l'ai déjà dit, devient propriétaire de la dot; mais il en doit éventuellement la restitution. Dans quel cas cette obligation se réalise-t-elle, et quel en est l'objet précis? Telles sont les deux questions que je veux examiner.

1re *question.* — Pour savoir dans quel cas la dot est restituable, il faut distinguer si elle est profectice ou adventice. On appelle dot profectice celle que constitue le père de famille investi de la puissance sur la femme (1); dot adventice, celle que constitue toute autre per-

(1) Plusieurs textes qualifient profectice ou traitent comme telle la dot constituée par le père à sa fille déjà émancipée (L. 5 §§ 11 et 12 *De jur. dot.*). Que telle ne fût pas la pure doctrine romaine, c'est ce qui me paraît résulter des *Regulæ* d'Ulpien, où le mot *pater* désigne toujours le *paterfamilias* (VI §§ 2 et 3). Si l'on étendit la notion de la dot profectice, c'est que probablement l'obligation de doter, qui explique, selon moi, le caractère particulier de cette dot, fut étendue elle-même au père

sonne, soit la femme elle-même, soit un tiers, parent ou non (Ulp., VI § 3) (1). La dot adventice n'est restituable qu'autant que le mariage se dissout par la mort du mari ou par le divorce. S'il se dissout par la mort de la femme, le mari la garde; il la garderait même en cas de divorce, si la femme venait ensuite à prédécéder sans l'avoir mis en demeure. Quant à la dot profectice, la restitution en est due, non-seulement dans les cas qui viennent d'être exprimés, mais aussi lorsque la femme meurt *in matrimonio*, son père vivant encore (Ulp., VI §§ 4, 5 et 7). Il est assez facile de dégager les motifs de ces diverses décisions : quand la femme survit à la dissolution du mariage, l'intérêt public, d'accord avec son intérêt personnel, exige qu'elle recouvre sa dot non-seulement pour faire face à ses propres besoins, mais surtout afin de pouvoir se remarier et donner des enfants à l'État (L. 2, *De jur. dot.* — L. 1, *Sol. matr.*, XXIV, 3). Ces considérations cessant absolument par le prédécès de la femme, on présume alors que le constituant, de même qu'il la préférait au mari, a entendu préférer le mari à toute autre personne et à lui-même; mais cette présomption ne saurait s'appliquer au père qui, en dotant sa fille, n'a fait qu'exécuter une obligation légale (n° 84) et par conséquent n'a pas voulu gratifier le mari à ses propres dépens (2).

Il est tellement vrai que dans tous les cas où le mari bénéficie de la dot, c'est seulement par application de la volonté présumée du constituant, que de tout temps celui-ci eut la faculté d'en stipuler expressément la restitution. Dans cette hypothèse spéciale, la dot prend le nom de *dos receptitia*, et c'est toujours au constituant lui-même ou à ses héritiers qu'appartient droit de la recouvrer (Ulp., VI § 6). Le même résultat, au moins dans le dernier état du droit classique, pouvait être atteint à l'aide d'un pacte adjoint à la constitution de dot (L. 6, C., *De jur. dot.*, V, 12). Enfin, sous Justinien, une stipulation de restitution fut toujours sous-entendue au profit de la femme ou de ses héritiers, de sorte que désormais le mari ne retint jamais plus la dot

émancipateur. Du reste, sans aucun doute, la dot profectice, une fois constituée, conserve sa nature nonobstant l'émancipation postérieure de la femme (L. 71, *De evict.* XXI, 2. — L. 5, *De divort.*, XXIV, 2. — L. 59, *Sol. matr.*, XXIV, 3).

(1) Ces expressions *dos profectitia*, *dos adventitia* s'expliquent facilement. La dot est due par le père de famille, par lui seul. La dot profectice arrive donc naturellement au mari, tandis que la dot adventice est une bonne fortune sur laquelle l ne pouvait pas compter.

(2) Pomponius (L. 6, *De jur. dot.*) explique le droit du père d'une manière assez ridicule : il a perdu sa fille, il faut le consoler, dit-il, en lui rendant son argent.

qu'en vertu d'une convention expresse (L. unic. pr., C., *De rei uxor. act.*, V, 13) (1).

313. 2e *question.* — L'obligation du mari peut avoir pour objet ou une quantité ou des corps certains. Elle a pour objet une quantité : 1° lorsque la dot consiste en argent ou en choses qui se consomment par le premier usage. Ici, en l'absence de convention spéciale, le mari n'est tenu, comme l'emprunteur ou le quasi-usufruitier, qu'à rendre une égale quantité d'objets de même nature et de même qualité (L. 42, *De jur. dot.*); 2° lorsque les choses apportées en dot, quelle qu'en soit la nature, ont été soumises à une estimation. Ici on applique la formule *æstimatio facit venditionem ;* on traite donc le mari comme un acheteur, et le prix d'estimation devient l'objet de sa dette. Mais cette vente n'est réputée parfaite qu'à compter du mariage (L. 3, *Loc. cond.*, XIX, 2. — L. 10 § 4, *De jur. dot.*) (2). — Par exclusion de ces deux cas, le mari ne doit des corps certains qu'autant que les objets apportés en dot sont de ceux qui ne se consomment pas par le premier usage et qu'ils n'ont pas été estimés (3). Ce sont ces objets seuls qu'on appelle biens dotaux ou choses dotales ; car là où le mari ne doit qu'une quantité, il y a bien une dot, mais il n'y a pas de bien dotal, à moins qu'on ne veuille appeler ainsi l'obligation même de restituer (*Fr. Vat.*, § 111. — L. unic. § 15, C., *De rei ux. act.*, V, 13).

La distinction que je viens de faire entre les choses estimées et les choses non estimées est féconde en conséquences :

(1) J'expliquerai plus loin quelles sont les diverses actions par lesquelles la restitution de la dot peut être demandée, et à quelles personnes elles appartiennent (Inst., §§ 28 et 29, *De act.*, IV, 6.)

(2) Jusque-là elle est subordonnée à la condition *si nuptiæ sequantur*, d'où la conséquence que si les objets estimés viennent à périr avant la réalisation du mariage, l'obligation ne peut plus prendre naissance faute d'objet.

(3) Je raisonne dans l'hypothèse où les parties ne se sont pas expliquées sur l'effet de l'estimation. Voici, en effet, deux conventions qui en modifient la portée : 1° il a été dit qu'elle ne vaudrait pas vente. En ce cas, l'estimation sert, si la chose périt ou se détériore par la faute du mari, à déterminer les dommages-intérêts qu'il doit (L. 69 § 7, *De jur. dot.*); 2° il a été dit que le mari rendrait ou la chose ou l'estimation. Ici le risque de la perte totale lui incombe toujours, comme si l'estimation valait vente (L. 10 § 6, *De jur. dot.*). Cette réserve faite, il est évident que, pour savoir avec certitude quel est l'objet de la dette, il faut attendre l'exercice de l'option. Si donc elle a été accordée à la femme, le mari doit pendant toute la durée du mariage se comporter comme s'il devait la chose elle-même. Si, au contraire, c'est à lui que le choix appartient, et c'est ce qui a lieu en l'absence de convention contraire (n° 543), il peut dès à présent se comporter comme s'il ne devait que l'estimation, et, par exemple, s'il s'agit d'un immeuble, l'aliéner (LL. 11 et 12 pr., *De fund. dot.*, XXIII, 5).

1° En cas d'estimation, le mari bénéficie de toutes les plus-values fortuites et supporte tous les risques, tandis que les choses non estimées s'améliorent pour la femme, comme aussi est-ce pour elle qu'elles se détériorent ou périssent, le mari n'étant responsable que de son dol et de sa faute (L. 10 pr. et § 1, *De jur. dot.* — *Fr. Vat.*, § 101).

2° En cas d'estimation, le mari évincé peut, comme tout acheteur, demander garantie par l'action *ex empto* (*Fr. Vat.*, § 105) (1). Si au contraire la chose n'a pas été estimée, une distinction devient nécessaire : la dot a-t-elle été constituée par promesse ou par *dictio*, la demande en garantie est possible, parce que l'éviction laisse subsister une obligation qui n'est pas exécutée. Mais la dot a-t-elle été constituée par simple dation : l'éviction prouve qu'en réalité rien n'a été donné ; et comme il n'y a ici ni contrat ni obligation, le mari ne peut avoir d'autre ressource que l'action *de dolo*, ou une action *in factum* subsidiaire de celle de dol (L. 98 pr., *De sol.*, XLVI, 3. — L. 1, C., *De jur. dot.*, V, 12).

3° En cas d'estimation, l'usucapion, s'il y a lieu, s'accomplit au titre *pro emptore*, d'où la conséquence qu'elle exige la bonne foi tant au moment de l'estimation qu'au moment de la tradition ; tandis qu'en l'absence d'estimation le mari usucape *pro dote*, et il lui suffit, selon le droit commun, d'avoir la bonne foi au jour de l'entrée en possession. Au surplus, même avant le mariage, l'usucapion des choses non estimées procède au titre *pro suo*, si la tradition a été pure et simple ; les choses estimées, au contraire, ne peuvent jamais être usucapées avant le mariage, attendu que jusque-là la vente est réputée conditionnelle (*Fr. Vat.*, § 111. — L. 1 § 2, *Pro dot.*, XLI, 9).

4° En cas d'estimation, le mari, à compter du jour du mariage, bénéficie définitivement de tous les produits de la chose et de toutes les autres acquisitions dont elle devient l'occasion pour lui, par exemple, s'il s'agit d'un esclave, des hérédités ou des legs qui lui sont laissés. Au contraire, à défaut d'estimation, tout cela doit être restitué, excepté les fruits proprement dits, et encore ce bénéfice des fruits est-il limité à la durée du mariage (Paul, II, 22 § 1. — L. 10 §§ 2 et 3 ; LL. 39 pr., 65, 69 § 9, *De jur. dot.* — L. unic. § 9, C., *De rei ux. act.*) (2). Si

(1) En pareil cas, l'indemnité obtenue par le mari détermine le montant de la restitution qui pourra lui être demandée plus tard (L. 16, *De jur. dot.*, XXIII, 3.).

(2) Les fruits perçus avant le mariage n'appartiennent jamais au mari. Ils s'ajoutent dans tous les cas au capital dotal, par application de ce principe qu'il n'y a pas de dot sans mariage (L. 7 § 1, *De jur. dot.* — L. 6, *Sol. matr.*).

donc on s'attache au résultat final, la situation du mari, tout propriétaire qu'il est des choses dotales, paraîtra assez semblable à celle de l'usufruitier (1). Cependant sur trois points essentiels on le traite d'une manière toute différente : 1° les fruits lui sont acquis par la seule séparation, puisqu'il est propriétaire de la chose ; 2° il ne garde pas toujours tous les fruits perçus pendant le mariage, et il peut avoir droit à des fruits qu'il n'a point recueillis. Supposez, par exemple, un mariage qui a duré dix-huit mois : le mari, s'il n'a fait qu'une seule récolte, a droit à la moitié de celle qui est pendante au jour de la dissolution. Si au contraire il a fait deux récoltes, il doit restituer la moitié de la dernière. En un mot, la jouissance effective du mari doit être exactement proportionnelle à la durée des charges du mariage (L. 7 §§ 1 à 3, *Sol. matr.*, XXIV, 3) (2) ; 3° les fruits ne s'entendent ici que déduction faite des impenses. Le mari est tenu, en conséquence, de restituer intégralement les frais de la récolte pendante au jour du mariage ; et pareillement, lorsqu'il y a lieu au partage de la dernière récolte, sa dépense lui est remboursée proportionnellement à la part de fruits sur laquelle il est sans droit (L. 7 pr., *Sol. matr.*) (3).

5° A l'égard des biens estimés, le mari est investi du droit de disposition le plus complet et n'a jamais aucun compte à rendre de la façon dont il l'a exercé. Quant aux choses non estimées, sa double qualité de propriétaire et de débiteur conduirait à décider qu'il les aliène valablement à l'égard des tiers, mais que l'aliénation inopportune ou faite à des conditions désavantageuses engage sa responsabilité à l'égard de la femme. Telle fut, en effet, la doctrine toujours admise à l'égard des meubles dotaux (L. 21, *De manumiss.*, XL, 1. — LL. 1 et 7, C., *De serv. pign. dat.*, VII, 8). Quant aux immeubles, la loi Julia *De adulteriis*, voulant en assurer la restitution en nature, défendit au mari de les aliéner sans l'agrément de sa femme (Paul, I, 21[b] § 2) (4).

(1) Aussi Justinien caractérise-t-il les *res æstimatæ* en disant que le mari en a le *dominium*, ce qui signifie bien clairement que sa propriété est moins pleine à l'égard des *res inæstimatæ* (L. I § 15, C. *De rei ux. act.*).

(2) Le § 2 de cette loi a tourmenté les interprètes, qui le lui ont bien rendu. Il contient certainement une inexactitude de calcul qui du reste n'infirme en rien le principe.

(3) Peut-il être convenu que les fruits formeront un capital restituable dont le mari gardera seulement les intérêts? On douta, par cette raison que la dot se trouve ainsi réduite à peu de chose ; mais on finit par admettre l'affirmative, et cela est logique, puisqu'il peut n'y avoir pas de dot du tout (L. 4, *De pact. dot.*, XXIII, 4).

(4) Si la loi n'étendit par sa prohibition aux meubles dotaux, c'est surtout à

III. — DE L'ALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL.

Lib, II, tit. VIII, *Quibus alienare licet vel non*, pr. — Accidit aliquando ut qui dominus sit, alienare non possit, et contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus : quum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat quæ Italicæ fuerant, et alienationes inhibebat quæ invita muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum etiam volente ea, utrique remedium imposuimus, ut et in eas res quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio vel obligatio, et neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur (Gaius, II, §§ 62 et 63.)

Il arrive parfois que le propriétaire ne peut pas aliéner, et à l'inverse que celui qui n'est pas propriétaire peut aliéner. En effet, la loi Julia empêche le mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme, bien qu'il soit propriétaire des choses à lui données en dot. Quant à nous, corrigeant la loi Julia, nous avons établi une législation meilleure : en effet, la loi s'appliquait seulement aux immeubles italiques; et tandis qu'elle prohibait les hypothèques même agréées par la femme, elle n'empêchait que les aliénations faites sans sa volonté : or sur l'un et l'autre point nous avons introduit une réforme, en décidant que même dans les provinces l'aliénation aussi bien que l'hypothèque des immeubles serait interdite, et que ni l'un ni l'autre de ces actes n'auraient leur effet même avec le consentement des femmes, de peur que la faiblesse de leur sexe n'aboutît à la ruine de leur fortune.

314. D'après les Institutes (pr. *sup.*), comme aussi d'après le Code (L. unic. § 15, *De rei ux. act.*, V, 13), la loi Julia aurait contenu relativement au fonds dotal trois dispositions, savoir : 1° défense au mari d'aliéner sans le consentement de la femme; 2° défense d'hypothéquer même avec ce consentement; 3° inapplicabilité de ces deux prohibitions dans les provinces.

Que les Institutes expriment fidèlement la doctrine en vigueur à

cause de la facilité avec laquelle ils se détériorent ou périssent. En les aliénant sagement, le mari, bien loin de compromettre les intérêts de sa femme, lui épargne le risque des cas fortuits.

l'avénement de Justinien, sur ce point nul doute ; mais sont-elles aussi exactes comme compte rendu de la loi Julia? Cela n'est plus aussi sûr. Et d'abord Gaius (II, § 63) nous apprend que ses contemporains discutaient s'il fallait appliquer cette loi aux fonds provinciaux, preuve manifeste qu'à cet égard elle ne contenait aucune décision expresse. Je conclus donc des Institutes que la jurisprudence avait tranché cette controverse dans un sens négatif (1), mais que Justinien parle de la loi Julia sans l'avoir lue, et que, s'étant trompé sur ce premier point, il a bien pu se tromper également sur un autre. Aussi a-t-on soulevé récemment la question de savoir si vraiment la loi Julia distinguait entre l'aliénation et l'hypothèque. Deux motifs ont permis de le nier : 1° les seuls textes classiques (Gaius, II, § 63. — Paul, II, 21b § 2) qui relatent la disposition de cette loi ne disent mot d'une pareille distinction : ils se bornent à exprimer que le mari ne peut pas aliéner le fonds dotal sans la volonté de sa femme (2) ; 2° il est plus que probable qu'à l'époque où fut rendue la loi Julia, c'est-à-dire sous Auguste, l'hypothèque n'était guère usitée en Italie ; et l'on aurait grand'peine à croire qu'une loi que la jurisprudence put déclarer absolument inapplicable aux provinces, eût pourtant statué sur une institution presque purement provinciale. Quelle que soit la valeur de ces motifs, il est certain que dès l'époque classique le consentement de la femme, suffisant pour valider l'aliénation faite par le mari, ne validait pas la constitution d'hypothèque. Or, si cette incapacité spéciale ne dérive pas de la loi Julia, on ne peut que la rattacher, soit aux édits par lesquels Auguste et Claude prohibèrent toute obligation des femmes pour leurs maris,

(1) Cette jurisprudence ne saurait être contestée sous le prétexte que Justinien, dans la constitution même où il a refondu les règles de la matière, nous dit qu'on lui a posé la question de savoir s'il fallait restreindre l'inaliénabilité du fonds dotal à l'Italie ou l'étendre aux provinces (L. 1 § 15, C., *De rei ux. act.*). Ces mots, évidemment, signifient que Justinien a été consulté par ceux qui préparaient sa constitution, et cela non pas sur l'interprétation de la loi en vigueur, mais sur la législation à établir. Pourquoi, au surplus, la pratique avait-elle ainsi limité l'application de la loi Julia? sans doute parce qu'il est d'usage d'interpréter restrictivement les lois restrictives, et que, les fonds provinciaux ne comportant pas de véritable *dominium*, on peut dire très-subtilement qu'ils ne se prêtent pas à une aliénation dans le sens légal du mot. Ce qui est certain, c'est que par cette jurisprudence on arrivait à déclarer inutile en province une protection reconnue nécessaire en Italie.

(2) Il est vrai qu'un texte de Gaius (L. 4, *De fund. dot.*) présente la loi Julia comme statuant *ne liceat obligare vel alienare*. Mais on peut soutenir que le mot *obligare*, bien que placé en première ligne, n'indique ici qu'une conséquence de l'idée générale contenue dans *alienare;* Gaius ne dit pas qu'il fût dans la loi, et surtout ne dit pas que l'*obligatio* y fût traitée autrement que l'*alienatio*.

soit au sénatus-consulte Velléien qui plus généralement leur défendit, mariées ou non, de s'obliger pour un tiers quelconque (*intercedere*) (nos 575 et s.). Ce point de vue admis, il en résulterait que, lorsque le mari consent à hypothéquer le fonds dotal, non pas pour sa propre dette ou pour celle d'un tiers, mais bien pour celle de la femme elle-même, elle peut sans difficulté concourir à l'acte et le rendre valable, car en cela elle n'intervient pas pour autrui, elle fait sa propre affaire (1). Si au contraire son incapacité dérivait de la loi Julia, cette restriction devrait être rejetée : la femme, assez clairvoyante pour mesurer les inconvénients d'une aliénation immédiate, serait présumée trop légère pour apercevoir les dangers, non pas plus considérables, mais plus lointains et plus dissimulés, de l'hypothèque. En résumé donc, la distinction que l'ancien droit faisait ici entre l'aliénation et l'hypothèque aura une portée plus ou moins étendue selon l'origine qu'on croira devoir lui assigner (2).

La défense d'aliéner doit s'entendre dans le sens le plus largement protecteur pour la femme. De ce principe je déduis les trois applications suivantes : 1° l'inaliénabilité commence et finit avec le danger qu'elle a pour but de prévenir, c'est-à-dire avec le droit de propriété du mari. Au lieu d'être limitée à l'exacte durée du mariage, elle a pour point de départ le jour même de la constitution de dot et pour point d'arrêt le jour de la restitution (LL. 4 et 12 pr., *De fund. dot.*, XXIII, 5. — L. 5, C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61) (3); 2° elle ne s'applique pas seulement aux aliénations conventionnelles, mais elle affecte la chose d'un vice qui en rend impossible l'acquisition par usucapion ou par *longi temporis præscriptio;* sans quoi le mari éluderait facilement

(1) Cette doctrine aboutit-elle, en ce qui concerne l'hypothèque, à assimiler l'immeuble dotal à l'immeuble paraphernal, que la femme peut obliger valablement pour sa propre dette, non pour celle ~~d'un~~ du mari ou d'un tiers (L. 7, C., *Ad sct. Vell.*, IV, 29)? Non; car s'il s'agit d'un bien paraphernal, la femme l'hypothèque seule; quant au fonds dotal, au contraire, elle ne peut que donner son adhésion à l'hypothèque consentie par le mari.

(2) Pour soutenir que cette distinction appartient à la loi Julia, on pourrait être tenté de raisonner ainsi : s'il y a une *intercessio* dans le consentement que la femme donne à l'hypothèque de l'immeuble dotal, il y en a une aussi dans le consentement qu'elle donne à l'hypothèque d'un meuble dotal. Donc ceux qui font dériver notre distinction du sénatus-consulte Velléien doivent, pour être logiques, décider que les meubles dotaux eux-mêmes ne peuvent pas être hypothéqués avec le consentement de la femme. Ce raisonnement n'est que spécieux : en effet, le mari a la pleine disposition des meubles dotaux; sa volonté suffit donc pour les hypothèquer, et l'acte ne saurait être vicié parce qu'il obtient l'adhésion fort inutile de la femme.

(3) Sous Justinien, la restitution anticipée faite en cas d'indigence du mari laisse subsister l'inaliénabilité jusqu'à la dissolution du mariage (L. 29, C., *De jur. dot.*).

la prohibition (L. 28 pr., *De verb. sign.*, L, 16. — L. 16, *De fund. dot.*) (1); 3° enfin elle atteint tout acte de disposition qui, sans transférer le droit de propriété lui-même, en diminuerait l'étendue. Le mari ne peut donc ni grever le fonds de servitudes passives, ni se prêter à l'extinction, même par le simple non-usage, des servitudes actives qui lui appartiennent (LL. 5 et 6, *De fund. dot.*) (2).

Par exception, la loi Julia ne s'applique pas : 1° aux aliénations *per universitatem*, c'est-à-dire comprenant le patrimoine entier du mari. Donc qu'il meure, qu'il se donne en adrogation, qu'il devienne esclave *jure civili* ou soit condamné à la déportation, l'immeuble dotal passe à son successeur universel, mais sans cesser d'être inaliénable, puisque toute acquisition *per universitatem* nous soumet aux charges dont les biens acquis se trouvaient grevés entre les mains de notre auteur (L. 1 § 1; L. 2, *De fund. dot.*) (3); 2° aux aliénations qui ont une cause nécessaire. Tel est le cas où le mari, propriétaire d'un bâtiment dotal qui menace ruine, refuse de donner la *cautio damni infecti*. Le voisin, devenu possesseur par décret du magistrat, usucape sans difficulté, car telle est son unique ressource, et c'est malgré lui qu'il en use (L. 1 pr., *De fund. dot.*). Tel est aussi le cas où, la dotalité portant sur une simple part indivise, le partage est demandé, non par le mari lui-même, mais par son copropriétaire. Si, en effet, l'immeuble est entièrement adjugé à celui-ci, ou s'il est licité au profit d'un étranger, il y a là une aliénation de la part dotale, et elle est valable, parce que le mari n'a pu ni s'opposer à l'exercice de l'action en partage, ni en empêcher les conséquences naturelles (L. 2, C., *De fund. dot.*, V, 23. — L. 78 § 4, *De jur. dot.*) (4).

(1) Néanmoins l'usucapion et la *longi temporis præscriptio* commencées avant la constitution de dot continuent, puisque les Romains n'admettent pas l'interruption civile de la possession (n° 237). Mais le mari est responsable s'il a pu revendiquer et qu'il ait négligé de le faire.

(2) Cependant, si l'on suppose que le mari devient propriétaire du fonds asservi au fonds dotal, la servitude s'éteint nécessairement par voie de confusion. Mais elle doit être rétablie au moment de la restitution. Mêmes décisions lorsque, dès le jour de la constitution de dot, le mari était propriétaire du fonds servant (L. 7 pr. et § 1, *De fund. dot.*).

(3) De même, si le mari contracte une *societas omnium bonorum*, l'immeuble dotal devient commun, comme le reste de la dot (L. 65 § 16, *Pro soc.*, XVII, 2.).

(4) Si le fonds est adjugé tout entier au mari, la portion nouvellement acquise ne devient pas dotale. Mais, à la dissolution du mariage, c'est un droit pour le mari comme pour la femme d'exiger que la restitution comprenne l'immeuble entier, sauf la récompense due pour le prix d'acquisition de la part non dotale (L. 78 § 4, *De jur. dot.*).

Celui qui acquiert l'immeuble dotal contrairement à la loi Julia n'en devient pas propriétaire et peut être évincé par l'action en revendication, cela sans distinguer s'il a été de bonne ou de mauvaise foi. Mais l'application de ce principe fait surgir deux questions sur lesquelles les textes ne sont pas très-explicites : 1° Cette revendication peut-elle être exercée même pendant le mariage ? La difficulté tient à ce que la loi Julia dispose dans l'intérêt exclusif de la femme, et la femme n'est intéressée qu'autant qu'elle a le droit de se faire restituer sa dot. Or, ce droit, l'a-t-elle ou ne l'a-t-elle pas ? C'est une question à laquelle on ne peut répondre tant que le mariage subsiste, puisque la réponse dépend précisément de la façon dont il se dissoudra (1). La doctrine romaine me paraît être celle-ci : l'aliénation et la vente même dont elle a été la conséquence sont provisoirement traitées comme nulles, et en conséquence la revendication est dès à présent admise. Mais si une fois le mariage dissous le mari doit garder la dot, le tiers acquéreur fera alors valoir ses droits contre lui ; il retiendra donc l'immeuble, s'il le possède encore, sinon, il le revendiquera (L. 3 § 1 ; L. 17, *De fund. dot.* — L. 42, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3) ; 2° A qui appartient le droit de revendiquer l'immeuble dotal ? Sur ce point l'hésitation n'est pas possible : c'est le mari qui est propriétaire, c'est donc en sa personne que la revendication prend naissance, et aussi longtemps que dure le mariage, il n'y a que lui qui puisse l'exercer. Mais supposons le mariage dissous : si alors la femme n'est point autorisée à revendiquer, à quoi lui aura servi la protection de la loi Julia ? car elle n'aura d'autre ressource que l'action *rei uxoriæ*, et là son seul avantage sur les autres créanciers consiste dans son privilége. Cette difficulté ne sera pas longue à résoudre : il faut dire que par l'action *rei uxoriæ* la femme peut se faire céder la revendication qui appartient au mari ou à ses héritiers ; très-probablement même on l'autorise à tenir cette cession pour sous-entendue par cela même qu'elle est obligatoire (n° 641) et à agir par voie de revendication utile. Ainsi s'explique un texte où nous la voyons elle-même poursuivre le tiers acquéreur (L. 77 § 5, *De leg.* 2°, XXXI. — Rapprocher L. 13 § 3, *De fund. dot.*).

315. Tel est le droit classique. Deux modifications considérables y furent apportées en l'an 530 par Justinien (pr. *sup.* — L. 1 § 15, C.,

(1) Bien entendu, j'écarte le cas où la constitution de dot faite par la femme a été accompagnée d'un pacte de restitution. Ici son intérêt est dès à présent certain, et la nullité immédiate de l'aliénation ne saurait être douteuse.

De rei ux. act., V, 13) : 1° il étendit la règle de l'inaliénabilité aux immeubles dotaux situés dans les provinces; 2° il décida que l'aliénation, aussi bien que l'hypothèque, serait nulle nonobstant le consentement de la femme. Par cette disposition qui tendait à protéger la femme contre elle-même, et non plus seulement contre les pouvoirs excessifs du mari, le régime dotal changea complétement de caractère : jusque-là c'est le mari qui était incapable d'aliéner, désormais c'est le fonds dotal qui devenait vraiment inaliénable (1).

A. On peut se demander si Justinien n'a pas introduit une troisième innovation encore plus considérable que les deux précédentes. En effet, en l'année 529, il avait rendu une constitution que j'analyse ainsi : 1° la femme, après la dissolution du mariage, pourra se dire propriétaire de tous les objets apportés en dot, et par conséquent les revendiquer ; 2° sur ces mêmes objets elle pourra prétendre une hypothèque, et par cette hypothèque elle primera tous les créanciers du mari; 3° ces décisions s'appliqueront sans distinction entre les meubles et les immeubles, non plus qu'entre les choses estimées et les choses non estimées (L. 30, C., *De jur. dot.*, V, 12).— Quelle est l'exacte portée de ces dispositions? Prises à la lettre, elles signifieraient que désormais, le mari aliénant seul ou un meuble dotal ou une chose quelconque qui a été estimée, le tiers acquéreur n'en devient pas propriétaire et peut être évincé par la femme. La seule différence entre l'immeuble dotal et les autres objets apportés en dot consisterait donc en ce que ces derniers demeureraient aliénables moyennant le consentement des deux conjoints. Mais j'ai peine à croire que telle ait été la pensée de Justinien. Je remarque, en effet, que sa constitution suppose toujours la femme en présence de créanciers, et non pas de tiers acquéreurs, et que de plus il subordonne formellement l'exercice de la revendication et de l'action hypothécaire à cette condition *si res extant;* or une telle condition serait par trop naïve s'il fallait l'entendre de l'existence matérielle des objets, elle est au contraire fort raisonnable si on ne l'entend que de leur maintien dans le patrimoine du mari. Ma conclusion est donc que la revendication dont il s'agit ici n'est pas destinée à évincer les tiers acquéreurs, mais simplement à assurer, quand cela

(1) Justinien ayant décidé que la femme ou ses héritiers auraient toujours, sauf convention contraire, le droit d'exiger la restitution de la dot, il en résulte que désormais l'aliénation du fonds dotal est toujours immédiatement frappée d'une nullité définitive.

ne blesse aucun droit acquis, la reprise de la dot en nature, et à protéger la femme contre les créanciers du mari en la dérobant à la loi du concours, de sorte que toutes les aliénations faites par le mari, excepté celle des immeubles dotaux, je veux dire des immeubles non estimés, échappent, comme autrefois, à la critique et à la revendication de la femme. Et il faut dire également que son hypothèque, telle qu'elle résulte de cette constitution, ne lui permet pas d'atteindre les biens jusque dans les mains des tiers acquéreurs.(1) Mais, sur ce dernier point, Justinien lui-même ne tarda pas à modifier sa propre législation, comme nous le verrons plus tard (L. 1 § 1, C., *De rei ux. act.* — L. 12, C., *Qui pot.*, VIII, 18).

IV. — DES DONATIONS *propter nuptias.*

Lib. II, tit. VII, *De donationibus*, § 3. — Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est : quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat ut tunc ratum esset, quum matrimonium fuerit insecutum, ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et numquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus pater noster, quum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenisset, etiam ante nuptias augeri donationem constante matrimonio sua constitutione permisit; sed tamen nomen inconveniens remanebat, quum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat in-

Il y a une autre classe de donations entre-vifs, tout à fait inconnue des anciens prudents, et introduite postérieurement par les divins princes. Appelée donation *ante nuptias*, elle était soumise à cette condition tacite de ne devenir définitive que par la réalisation du mariage; et si on l'appelait *ante nuptias*, c'est qu'elle précédait le mariage et ne pouvait jamais se faire après qu'il était contracté. Mais le premier, le divin Justin notre père, considérant qu'il était permis d'augmenter la dot même après le mariage, autorisa, pour le cas où cela aurait lieu, l'augmentation de la donation *ante nuptias* elle-même pendant le mariage; toutefois son nom devenait impropre, puisqu'elle continuait de s'appeler *ante nuptias* et que pourtant elle recevait un accroissement après le mariage. Nous donc, dans notre désir de perfectionner

(1) Entre l'action hypothécaire et la revendication il y a cette grande différence, que celle-ci tend purement à la restitution de la chose, tandis que le défendeur à l'action hypothécaire peut garder la chose en remboursant la créance.

crementum. Sed nos, plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur; et dotibus in hoc exæquentur, ut quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et istæ donationes quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur et constituantur.

les lois et de faire concorder les mots avec les choses, nous avons décidé que l'on pourra non-seulement augmenter, mais encore faire pour la première fois ces donations pendant le mariage; qu'elles ne s'appelleront plus *ante nuptias*, mais *propter nuptias;* et qu'elles ressembleront aux dots en ce que, comme la dot peut être non-seulement augmentée, mais même constituée pendant le mariage, ainsi ces donations, qui ont été introduites à cause du mariage, pourront non-seulement le précéder, mais être augmentées ou faites alors qu'il est déjà contracté.

316. C'est seulement en l'année 449 que cette sorte de donation nous apparaît avec une nature distincte et des règles à elle (L. 8 § 4, C., *De repud.*, V, 17). Formant, si l'on peut ainsi parler, le pendant de la dot (1), c'est à la femme qu'elle est constituée, soit par un tiers, soit, et c'est le cas ordinaire, par le mari lui-même. Régulièrement, elle demeure entre les mains de ce dernier pendant toute la durée du mariage, et c'est seulement à la dissolution que le droit de la femme peut devenir définitif.

Voici les principaux caractères qui la séparent des autres donations entre-vifs et qui en même temps lui donnent de l'analogie avec la dot :

1° Son existence, comme celle de la dot, est subordonnée à la réalisation du mariage. Toutefois, avant le règne de l'empereur Justin, elle différait de la dot en ce qu'elle ne pouvait être ni constituée ni augmentée une fois le mariage contracté ; aussi l'appelait-on *donatio ante nuptias*. Les empereurs Justin et Justinien complétèrent l'analogie en permettant, le premier de l'augmenter, le second de la créer même pendant le mariage; dès lors, pour mettre les mots d'accord avec les choses, Justinien la qualifia *donatio propter nuptias*, ainsi que l'expliquent verbeusement les Institutes (§ 3 *sup.* — 19 et 20, C., *De don. ant. nupt.*, V, 3) (2).

(1) C'est bien là ce que veut dire Justinien quand il qualifie cette donation ἀντίφερνα (L. 20 pr., C., *De donat. ant. nupt.*, V, 3).

(2) Des textes déjà cités (page 773, note 2) permirent également la diminution de cette donation pendant le mariage.

2° En principe, la donation *propter nuptias* n'appartient définitivement à la femme qu'autant que celle-ci se trouve dans des circonstances identiques à celles qui autoriseraient le mari lui-même à garder la dot. Ainsi, dans le droit antérieur à Justinien, de même qu'en règle générale la dot reste au mari survivant, de même aussi la donation *propter nuptias* doit être restituée à la femme survivante. Ainsi encore, sous Justinien comme avant lui, la convention qui permet au mari de retenir la dot dans un cas donné, par exemple s'il survit, est réputée réciproque, et la femme survivante peut exiger la donation *propter nuptias* (1). Ainsi enfin, aux termes d'une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, de même que le mari garde la dot en cas de divorce imputable à la femme, de même aussi doit-il, quand le divorce survient par sa propre faute, restituer la donation *propter nuptias* (L. 8 § 5, C., *De repud.*, V, 17). Par exception, l'insolvabilité du mari, qui permet à la femme de reprendre sa dot nonobstant le maintien du mariage, lui permet aussi d'exiger immédiatement la délivrance des biens donnés *propter nuptias*. Sous Justinien, elle les redemande, comme les biens compris dans la dot, par voie de revendication, les uns et les autres, sans distinction entre les meubles et les immeubles, devant rester inaliénables entre ses mains jusqu'à la dissolution du mariage (L. 29, C., *De jur. dot.*, V, 12).

3° Il ressort du principe que je viens de développer que la donation *ante nuptias* suppose essentiellement l'existence d'une dot; et c'est ce qu'atteste, en effet, l'auteur incertain des *Petri Exceptiones* (Lib. I, cap. 28) (2).

(1) Il va de soi que, là où la convention n'autorise qu'une retenue partielle de la dot, la donation *propter nuptias* n'est elle-même exigible que pour partie. Mais sera-ce pour la même quote-part ou pour la même somme? La première doctrine régnait avant Justinien qui fit prévaloir la seconde (L. 9, C., *De pact. conv. tam sup. dot.*, V, 14. — Nov. 97) C. J.

(2) La donation *ante nuptias* ne doit pas être confondue avec la donation entre fiancés (*sponsalitia*). Celle-ci peut émaner de la femme comme du mari. Elle n'implique ni constitution de dot ni réalisation du mariage. Aussi, le mariage manquant, le droit classique lui laissait-il son effet, par cela seul qu'elle n'avait pas été subordonnée à la condition *si nuptiæ sequantur* (*Fr. Vat.*, § 262). Constantin (L. 15, C., *De donat. ant. nupt.*, V, 3) innova sur ce point, en décidant que le fiancé donataire perdrait le bénéfice de la libéralité toutes les fois que le mariage viendrait à manquer par sa faute ou par celle de l'ascendant sous la puissance duquel il était placé.

DE LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE, OU DES ACQUISITIONS *PER UNIVERSITATEM* (1).

Lib. II, tit. IX, *Per quas personas nobis adquiritur*, § 6. — Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulæ res nobis adquirantur; nam legatorum jus, quo et ipso jure singulæ res nobis adquiruntur, item fideicommissorum ubi singulæ res nobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res adquirantur : si cui ergo heredes facti sumus, sive cujus bonorum possessionem petierimus, vel si quem adrogaverimus, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa nobis addicta fuerint, ejus res omnes ad nos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est : nam vel ex testamento, vel ab intestato ad nos pertinent. Et prius est ut de his dispiciamus quæ ex testamento nobis obveniunt. Qua in re necessarium est initium de ordinandis testamentis exponere (Gaius, II, §§ 97 à 100).

C'est assez pour le moment d'avoir fait connaître d'une manière sommaire comment on acquiert la propriété à titre particulier; quant au legs, qui est aussi un mode d'acquérir à titre particulier, et au fidéicommis ayant pour objet des choses particulières, les règles en seront plus convenablement exposées plus bas. Voyons donc comment on acquiert à titre universel : si en effet nous devenons héritiers de quelqu'un, si nous demandons la *bonorum possessio* de son patrimoine, si nous adrogeons une personne, ou si ses biens nous sont attribués pour maintenir les affranchissements, tout ce qui lui appartenait devient notre propriété. Et d'abord, étudions les hérédités, lesquelles sont de deux sortes : car les unes nous arrivent par testament, les autres *ab intestat*. Voyons en premier lieu les hérédités testamentaires. Il faut d'abord, en cette matière, exposer les règles de la confection des testaments.

317. La transmission d'un patrimoine peut s'opérer par les onze modes suivants : 1° hérédité; 2° fidéicommis d'hérédité; 3° *bonorum possessio*; 4° *in jure cessio*; 5° *bonorum addictio libertatum conservandarum causa*; 6° adrogation; 7° *manus*; 8° *dominica potestas*; 9° *bonorum sectio*; 10° *bonorum venditio*; 11° confiscation.

(1) Une méthode rigoureuse exigerait que la théorie des obligations fût exposée avant celle des acquisitions *per universitatem*. Quoi de plus naturel, en effet, que d'étudier complétement la composition du patrimoine avant d'en étudier la transmission (n° 189 *in fine*)? Si je m'écarte de cet ordre logique, c'est pour satisfaire aux exigences d'un programme mal conçu.

Parmi ces onze modes de transmission, il n'y en a que deux, la *bonorum possessio* et la *bonorum venditio*, qui soient d'origine prétorienne. Tous les autres appartiennent au droit civil, mais non pas tous au droit des Douze Tables : le fidéicommis d'hérédité et la *bonorum addictio conservandarum libertatum causa* ne datent que de l'empire. Les cinq premiers s'appliquent toujours au patrimoine d'une personne décédée : les trois suivants au patrimoine d'un vivant ; et les trois derniers, tantôt à celui d'un vivant, tantôt à celui d'un mort.

DES HÉRÉDITÉS.

NOTIONS GÉNÉRALES.

318. Dans la pure doctrine romaine, une hérédité comprend réunies en un tout inséparable, les trois choses suivantes : 1° droit et obligation e continuer le culte privé (*sacra privata*) d'une personne défunte (1) ; 2° droit à tout l'actif corporel et incorporel qu'elle a pu laisser ; 3° obligation à toutes ses dettes, quelque énormes qu'elles soient, et quand même elles excéderaient de beaucoup l'actif. Je puis donc définir l'héritier, celui qui succède tout à la fois au culte et au patrimoine d'une personne décédée (2). Dans cette mesure il continue juridiquement la personne du défunt (3), et c'est tout ce que signifient les textes où l'on dit qu'il

(1) Cicéron dans ses *Topiques* (n° 6) définit l'hérédité sans mentionner les *sacra* Mais son traité *De legibus* (II, 19 à 21) répare cet oubli par des développements abondants et curieux. La loi civile elle-même posait le principe de la perpétuité des *sacra*, et voici comment elle l'appliquait. En règle générale, c'est aux héritiers que la continuation des *sacra* était imposée. Mais s'il y avait un légataire (ordinairement un légataire partiaire, n° 392) qui fût appelé à recueillir à lui seul plus que tous les héritiers ensemble, pour peu qu'il recueillît effectivement, c'est sur lui que tombait cette charge. Enfin, à défaut d'héritier, elle incombait à celui qui avait usucapé la plus grande partie des biens héréditaires. — La jurisprudence des pontifes modifia considérablement ces principes : 1° elle ne soumit le légataire aux *sacra* qu'autant qu'il recueillait effectivement plus ou au moins autant que tous les héritiers ensemble ; 2° lors même qu'il y avait des héritiers, elle y soumit à leur place celui qui aurait usucapé la plus grande partie des biens héréditaires ; 3° enfin elle assimila à l'usucapion *pro herede* le fait par un créancier héréditaire de recouvrer ce qui lui était dû, ou par un débiteur héréditaire de ne pas payer ce qu'il devait. Dans toutes ces décisions les pontifes appliquaient un principe étranger au droit civil : c'est que là où va le patrimoine du mort, là aussi doit aller son culte privé (*pecuniam sacris conjungi*).

(2) Les mots *heres* et *hereditas* ont évidemment même racine que *herus*. Ils marquent donc avant tout une idée de maîtrise et de propriété (page 478, note 1).

(3) Justinien (Nov. 18, *præf.* dit énergiquement : *Videtur una quodammodo esse persona heredis et ejus qui in eum transmisit hereditatem.*

succède *in universum jus defuncti*, qu'il est *ejusdem juris et potestatis cujus et defunctus fuit* (L. 24, *De verb. sign.*, L, 16. — LL. 59 et 62, *De reg. jur.*, L, 17) (1). Peu à peu, grâce à la désuétude progressive et finalement à la disparition des *sacra privata*, cette notion de l'hérédité se rétrécit, ou, pour mieux dire, s'épura : en fait, sur la fin de l'époque classique, l'héritier ne continue plus la personne du défunt que relativement à ses droits et obligations pécuniaires, et, sous les empereurs chrétiens, ce qui n'était auparavant que le fait devient le droit, de sorte que dans le dernier état de la législation l'héritier est simplement celui qui succède selon le droit civil au patrimoine d'un défunt (2).

En principe, les Douze Tables (Tab. V, 1) autorisent le père de famille à désigner lui-même son héritier. L'acte par lequel se fait cette désignation s'appelle testament, et peut être défini un acte solennel, contenant essentiellement institution d'un ou de plusieurs héritiers, et destiné à produire son effet seulement après la mort de son auteur. Trois idées, on le voit, se dégagent de cette définition : 1° ce qui caractérise le testament, ce qui lui donne l'existence et la vie, c'est l'institution d'héritier. Par elle seule d'autres dispositions deviennent possibles, savoir : exhérédations, substitutions pupillaires, legs, fidéicommis, affranchissements, nominations de tuteur. Telle est bien la pensée qu'expriment Gaius (II, § 229) et après lui Justinien (Inst., § 4, *De leg.*, II, 20), en disant que le testament tire toute sa force de l'institution d'héritier, que là est son principe, et son fondement; d'où il suit que, l'institution manquant son effet pour une cause quelconque, toutes les autres dispositions s'évanouissent (L. 181, *De reg. jur.*, L, 17) (3);

(1) Ces formules sont peut-être un peu larges. Car il est certain que l'héritier ne succède ni aux droits de famille, ni à la condition sociale et aux droits politiques du défunt.

(2) Même ainsi restreinte, l'idée de la continuation du défunt par son héritier n'est à mes yeux qu'une fiction déraisonnable. Imaginée primitivement dans le but principal de justifier la transmission des *sacra privata*, elle sert encore aujourd'hui à expliquer l'obligation indéfinie de l'héritier aux dettes. Mais cette obligation elle-même, que condamnent implicitement toutes les législations qui admettent le bénéfice d'inventaire, me paraît contraire à l'équité. Car, quoi qu'on puisse dire, l'héritier n'est jamais légalement solidaire du défunt, encore que dans certains cas exceptionnels la morale puisse lui faire un devoir de payer les dettes de la succession au delà de l'actif qu'elle contient.

(3) Il est étrange que ce premier et principal caractère du testament ne figure pas dans les définitions données par Ulpien (XX § 1) et Modestin (L. 1, *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1).

2° la volonté du testateur doit se manifester dans des formes déterminées, et de là les expressions *ordinare, celebrare testamentum* (Inst. §§ 3, 10 et 14, *De test. ord.*, II); 3° le testateur n'entend disposer que pour le temps qui suivra sa mort. Jusque-là, par conséquent, le testament ne confère aucun droit et demeure révocable.

A défaut d'héritier institué ou valablement institué par le défunt, la loi elle-même lui désigne un ou plusieurs héritiers qu'on appelle *héritiers légitimes* ou *ab intestat;* il faut donc distinguer deux sortes d'hérédités : l'hérédité testamentaire et l'hérédité légitime, l'une et l'autre appartenant au *jus civile* (n° 418).

319. Il est remarquable qu'une même personne ne laisse jamais à la fois ces deux sortes d'hérédités. On meurt ou entièrement testat ou entièrement intestat. Mais une hérédité n'est pas déférée tout ensemble à des héritiers légitimes et à des héritiers testamentaires. C'est ce que les Institutes expriment ainsi : *idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere non potest* (§ 5, *De her. inst.*, II, 24). Si donc j'institue un seul héritier soit pour une simple quote-part (*ex certa parte*), soit pour une chose déterminée (*ex certa re*), il est impossible que la disposition s'exécute telle qu'elle est conçue. Car cela aurait pour conséquence la dévolution à l'héritier légitime de tous les biens dont je n'ai pas disposé. Il faut donc ou annuler pleinement l'institution, ou, si on la tient pour valable, effacer la mention de la *certa pars* ou de la *certa res*. C'est à ce dernier parti que les Romains s'arrêtent, présumant, dans leur préférence générale pour l'hérédité testamentaire, que le défunt aurait mieux aimé élargir sa disposition que de la supprimer (Inst., § 5, *De hered. inst.*, II, 14. — L. 41 § 8, *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6) (1). Mais pourquoi donc ne point admettre la délation simultanée des deux espèces d'hérédités? Vainement Pomponius (L. 7, *De reg. jur.*, L, 17) affirme qu'il y a entre elles un antagonisme naturel (2); c'est ce qu'il faudrait démontrer. Or, pour établir cet antagonisme, qu'allègue-t-on? l'indivisibilité de l'hérédité. Mais il faut se garder ici de prendre des mots pour des

(1) Par application de la même idée, le testateur qui n'institue qu'un seul héritier ne peut pas l'instituer purement et simplement pour une part, et conditionnellement pour une autre. L'institution est alors réputée pure et simple pour le tout (L. 33, *De hered. inst.*, XXVIII, 5).

(2) Cicéron (*De invent.*, II, 21) avait déjà dit dans le même sens : « *Unius pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non posse, nec unquam factum esse ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset.* » Le mot *pecunia* signifie ici patrimoine, comme dans le langage des Douze Tables (Tab. V, 1).

idées. L'hérédité n'est pas indivisible en ce sens qu'elle doive nécessairement être recueillie tout entière par la même personne. De tout temps on admit sans la moindre difficulté le concours de plusieurs héritiers, tous testamentaires ou tous légitimes. Le seul concours que l'on rejeta, ce fut celui des deux classes d'héritiers. Que signifie donc cette indivisibilité de l'hérédité? Une seule chose : c'est qu'elle ne saurait être recueillie pour partie et pour partie demeurer jacente, qu'en conséquence toute vocation héréditaire, même la plus minime, contient éventuellement vocation au tout (1). Or de là on eût conclu très-légitimement que la personne instituée pour une simple part n'en est pas moins apte, à défaut d'héritiers légitimes, à recueillir la portion que le concours de ces derniers lui aurait enlevée. Mais comment en conclure que l'institution d'un héritier, quoique limitée à une part déterminée, emporte par la force des choses exclusion entière de l'héritier légitime?

Une autre règle générale, qu'il faut dès à présent connaître, se formule ainsi : *semel heres, semper heres*, c'est-à-dire que la qualité d'héritier, une fois acquise, est acquise pour toujours (L. 88, *De her. inst.*, XXVIII, 5), et cela est absolument logique. Qu'y a-t-il, en effet, dans une hérédité? Je l'ai dit, un culte privé, des droits de propriété, des créances et des obligations. Or ce sont là autant de droits naturellement perpétuels, en ce sens qu'aucun d'eux ne périt par le simple effet d'un laps de temps. Les *sacra privata* ne s'éteignent que par une solennité religieuse accomplie en présence et avec la volonté du peuple (2). Quant au droit de propriété, la perpétuité en avait été tellement exagérée que l'on en déduisait, nous l'avons déjà vu (n° 202), la nullité des aliénations consenties *ad tempus*. Enfin nous verrons plus tard (n° 530) que les obligations contractées *ad diem* étaient réputées pures et simples. La conclusion forcée est que l'hérédité, n'étant qu'un composé de droits actifs et passifs qui tous échappent à l'action du temps, ne peut pas elle-même constituer un droit temporaire.

La règle *semel heres, semper heres* a pour conséquence principale de faire obstacle à l'apposition d'un *dies ad quem* ou d'une condition *ad quam*. Car la volonté du testateur étant littéralement observée,

(1) L'indivisibilité de l'hérédité n'est qu'une conséquence de l'unité du patrimoine (L. 30 § 1, *De excus.*, XXVII, 1).

(2) Cette solennité s'appelait *sacrorum detestatio* et se faisait dans les *calata comitia*, comme le testament primitif (Aul.-Gell., XV, 27 § 3).

dès son décès l'institué pourrait acquérir l'hérédité, et plus tard il la perdrait certainement par l'arrivée du terme ou pourrait la perdre par l'événement de la condition. Que décider donc lorsqu'en fait l'on rencontre des institutions ainsi conçues : *Titius heres esto usque ad calendas illas* ou *donec Mævius consul fiat?* Il fallait ou les annuler comme violant la loi, ou les réputer pures et simples. Or c'est à ce dernier parti que les Romains s'arrêtèrent (Inst., § 9, *De her. inst.*, II, 14. — L. 34, *De her. inst.*), et si l'on veut se rendre un compte exact de leur doctrine, il convient de distinguer deux hypothèses : 1° l'institution *ad diem* est absolument la seule que le testament contienne. — Ici l'annulation de la disposition aurait entraîné délation de la succession *ab intestat;* et ce résultat n'étant pas vu avec faveur, on présume très-naturellement que le défunt tenait beaucoup moins à l'observation du *dies* qu'à l'effet de l'institution elle-même; 2° à côté de l'institution *ad diem* il y a d'autres institutions qui sont pures et simples, ou bien le testateur a fait une substitution vulgaire. — Ici l'on pourrait annuler l'institution *ad diem* sans risquer de faire mourir le testateur intestat. Si donc l'on se contente de réputer le terme non écrit, cela peut tenir à ce qu'on a voulu, pour plus de simplicité, poser une règle unique et à ce que l'on s'est principalement préoccupé de l'hypothèse précédente. Peut-être aussi, dans la nécessité où l'on se trouve de ne pas observer la volonté entière du testateur, a-t-on cru la méconnaître moins en effaçant le terme qu'en écartant un institué qu'il a certainement voulu gratifier.

320. Incidemment, j'ai exprimé que les Romains avaient une préférence marquée pour l'hérédité testamentaire, je puis ajouter que mourir intestat leur paraissait un malheur (1) et qu'ils y éprouvaient une certaine répugnance (2). Ce trait de mœurs curieux, et qui exerça une profonde influence sur le développement de leur droit succes-

(1) De là cette imprécation d'un personnage de Plaute :

Jupiter te male disperdat! intestatus vivito!
(Curc., V, II, v. 24.)

(2) On va quelquefois jusqu'à dire que les Romains voyaient une sorte de déshonneur à mourir intestats. Cette manière de parler n'est pas seulement exagérée, elle implique confusion de deux idées distinctes : ce qui déshonore la mémoire du défunt, c'est la *bonorum venditio* à laquelle ses créanciers sont obligés de procéder quand il n'y a absolument personne qui recueille sa succession. Mais l'adition d'un héritier légitime empêche cette *bonorum venditio*, comme le ferait l'adition d'un héritier testamentaire. Si donc cette infamie posthume n'atteint que des intestats, elle ne les atteint pas tous et ne les atteint jamais à ce seul titre.

soral (1), ne s'expliquerait pas suffisamment par un simple désir d'écarter les héritiers que la loi appelle ou de modifier les parts qu'elle leur assigne. Je crois en apercevoir l'origine dans deux particularités remarquables de la législation romaine : 1° le père de famille veut-il donner un tuteur à ses enfants, laisser le moindre legs à qui que ce soit, affranchir un esclave, et néanmoins ne pas s'en priver avant de mourir : ce sont là autant de volontés qui ne reçoivent une expression efficace que par testament, et qui par conséquent impliquent une institution d'héritier. Aussi comprend-on que très-souvent le testateur instituât précisément ses héritiers légitimes, les instituât tous, et cela sans rien changer à la distribution légale des parts; 2° on verra plus loin (n° 473) que l'héritier légitime externe pouvait, au lieu de faire adition, investir une tierce personne de l'hérédité en la lui cédant *in jure*, tandis qu'une pareille cession faite par l'héritier testamentaire était absolument nulle. Il y avait donc entre eux deux cette différence que l'héritier légitime pouvait, en exigeant un prix convenable de la cession, bénéficier de sa vocation héréditaire sans subir la charge des *sacra privata*, au lieu que l'héritier testamentaire qui voulait échapper à la continuation des *sacra* n'avait d'autre ressource que la répudiation de l'hérédité, ressource extrême à laquelle il n'était guère tenté de recourir, quand le défunt était mort solvable (2); d'où il ressort que le père de famille mourant intestat ne savait jamais si son culte n'irait pas s'égarer en des mains indifférentes ou indignes, tandis que par un testament il avait à peu près la certitude de le faire passer à l'homme de son choix, considération d'autant plus décisive que ce culte, spécialement affecté à la mémoire des ancêtres, résumait une suite souvent glorieuse et toujours chère de traditions domestiques.

(1) Cette répugnance à mourir intestat engendra notamment la théorie des substitutions pupillaires, la règle qui tient pour non écrites les conditions impossibles ou illicites, la faculté pour un maître insolvable d'affranchir et d'instituer son esclave, etc.

(2) Il est vrai que dans le droit classique tout héritier pouvait se faire payer sa répudiation par celui qui était appelé à en profiter. Mais cette décision n'appartient pas au droit ancien, et Ulpien, qui la donne, nous apprend qu'on avait discuté s'il n'y avait pas là un acte de gestion *pro herede* emportant adition (L. 24, *De acq. vel omitt. hered.*, XXXIX, 2).

DES TESTAMENTS ET DES HÉRÉDITÉS TESTAMENTAIRES.

DES CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA VALIDITÉ D'UN TESTAMENT.

SOMMAIRE GÉNÉRAL : I. Des formes du testament. — II. De la capacité de tester. — III. De la capacité de l'institué. — IV. De l'institution ou de l'exhérédation des *sui heredes*. — V. Aperçu du droit prétorien relativement aux testaments nuls *jure civili*.

DES FORMES DU TESTAMENT.

SOMMAIRE : I. Formes générales du testament. — II. Règles relatives aux témoins. — III. De la forme de l'institution; et accessoirement de ses modalités.

I. — FORMES GÉNÉRALES DU TESTAMENT.

Lib. II, tit. x, *De testamentis ordinandis*, pr. — Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est (1).

Le testament est ainsi appelé parce qu'il est le témoignage de notre volonté.

§ 1. — Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse : quorum altero in pace et in otio utebantur, quod *calatis comitiis* appellabant; altero, quum in prælium exituri essent, quod *procinctum* dicebatur (2). Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur *per æs et libram*, scilicet quia per mancipationem, id est imaginariam quamdam venditionem, agebatur, quinque testibus et libripende civibus romanis puberibus præsentibus, et eo qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex ve-

Mais pour que rien de l'antiquité ne soit absolument ignoré, deux sortes de testaments étaient en usage autrefois : de l'un on usait dans la paix et le loisir, et on l'appelait *calatis comitiis;* de l'autre, lorsqu'on était sur le point de marcher au combat, et il s'appelait *procinctum*. Vint ensuite une troisième forme de testament, qu'on appelait *per æs et libram*, parce qu'il se faisait par voie de mancipation, c'est-à-dire de vente imaginaire, en présence de cinq témoins et d'un *libripens*, tous citoyens romains pubères, et d'un *familiæ emptor*. Mais les deux premières formes de testament tombèrent en désuétude dès

(1) *Testamentum* vient simplement de *testari;* et la désinence *mentum* n'a certainement pas plus de valeur ici que dans les mots *fundamentum*, *augmentum*, *vestimentum*, et dans tant d'autres où il est bien impossible de la faire dériver du mot *mens*.

(2) *Testamentum procinctum* est un véritable barbarisme. Il faut dire *testamentum in procinctu*. On appelle *procinctus* une armée équipée et prête à marcher (Gaius, II, § 101).

teribus temporibus in desuetudinem abierunt : quod vero per æs et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit (Gaius, II, §§ 101 et 102).

§ 2. — Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est : jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, quum jure civili signa testium non erant necessaria.

§ 3. — Sed quum paulatim, tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus, cœpit in unam consonantiam jus civile et prætorium jungi, constitutum est ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et, ex edicto prætoris, signacula testamentis imponerentur : ut hoc jus tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum præsentia uno contextu, testamenti celebrandi gratia, a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et testium numerus ex edicto prætoris.

§ 4. — Sed his omnibus a nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, et omnia

une époque très-reculée; quant au testament *per æs et libram*, bien qu'il ait subsisté plus longtemps, il tomba lui aussi en désuétude, au moins partiellement.

Mais tous les précédents testaments appartenaient au droit civil. Plus tard, l'édit du préteur introduisit une autre forme de tester : car le droit honoraire n'exigeait pas de mancipation, et se contentait du cachet de sept témoins, tandis que le droit civil ne demandait pas ce cachet.

Mais petit à petit l'usage aussi bien que les constitutions impériales ayant ramené à l'harmonie le droit civil et le droit prétorien, il fut décidé par une constitution que les testaments se feraient en un seul trait de temps, ce qu'exigeait en quelque sorte le droit civil, en présence de sept témoins et avec leur signature, ce qui dérivait des constitutions, et que conformément à l'édit du préteur ces témoins apposeraient leurs cachets, de sorte que ce droit dérive de trois sources : les témoins et leur présence continue pour la confection du testament viennent du droit civil; la signature du testateur et des témoins est prescrite par les constitutions impériales; les cachets et le nombre des témoins dérivent de l'édit du préteur

Mais à toutes ces règles, pour garantir la sincérité des testaments et empêcher toute fraude, nous avons ajouté que le nom de l'héritier devrait être écrit de la main du testateur ou d'un témoin, et que tout

secundum illius constitutionis tenorem procedant (1).

§ 5. — Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum, quid enim si septem annuli una sculptura fuerint? secundum quod Pomponio visum est. Sed et alieno quoque annulo licet signare.

s'accomplirait selon la teneur de notre constitution.

Les témoins peuvent se servir tous d'un même anneau pour apposer leur cachet sur le testament, car leurs sept anneaux ne pourraient-ils pas avoir tous la même empreinte? Et telle est l'opinion de Pomponius. Mais ils peuvent aussi user d'un anneau appartenant à un tiers.

§ 12. — Nihil autem interest testamentum in tabulis, an in chartis membranisve, vel in alia materia fiat.

Il n'importe que le testament soit écrit sur des tablettes, sur du papier, sur du parchemin ou sur toute autre matière.

§ 13. — Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis : quod interdum etiam necessarium est, veluti si quis navigaturus et secum ferre et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas quæ humanis necessitatibus imminent.

Mais on peut faire un même testament en plusieurs exemplaires, pourvu que chacun satisfasse aux formes requises : cela est quelquefois nécessaire, soit que le testateur, sur le point de s'embarquer, veuille tout à la fois emporter avec soi et laisser chez lui le témoignage de ses volontés, soit à cause des innombrables accidents qui menacent fatalement les hommes.

§ 14. — Sed hæc quidem de testamentis quæ in scriptis conficiuntur. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.

Voilà pour les testaments écrits. Mais si quelqu'un veut tester sans écrire et selon le droit civil, qu'il fasse intervenir sept témoins, qu'il déclare ses volontés devant eux; et son testament, qu'il le sache bien, sera parfait et valable d'après le droit civil.

321. Il faut distinguer ici trois grandes périodes dont chacune réglemente la forme du testament selon l'esprit qui lui est propre.

1re *période.* — Dans le principe, le testament se fait *calatis comitiis*, c'est-à-dire devant les comices par curies et en présence des pontifes. Cette extrême solennité de formes n'étonnera pas, si l'on se rappelle que la propriété à son origine ne fut qu'une concession de

(1) Ce paragraphe et la constitution qu'il vise (L. 29, C., *De test.*, VI, 23) furent abrogés par la novelle 119 (cap. 9).

l'État, et que les pontifes étaient chargés dans un intérêt public de régler et de surveiller les *sacra privata*. L'aristocratique et religieuse cité, qui se croyait intéressée à une certaine répartition des fortunes et à l'observation régulière des *sacra*, ne pouvait négliger d'intervenir dans la transmission des patrimoines et des cultes. Ces motifs nous disent assez que primitivement le rôle des curies dut ici, comme dans l'adrogation (n° 105), ne pas se borner à une approbation de pure forme : sur l'avis des pontifes, elles rejetaient ou votaient les dispositions du père de famille, qui dans ce dernier cas se transformaient en une véritable loi. Mais il est fort probable qu'à la longue leur intervention dégénéra en une pure formalité : les curies ne furent plus que des témoins, et si le testament conserva sa forme et son caractère de loi, il n'en fut pas moins l'œuvre absolument libre du testateur (1).

Les comices ne délibéraient sur les testaments qu'en vertu d'une convocation spéciale (2), qui avait lieu seulement deux fois chaque année. Par suite, le citoyen que la mort surprenait dans l'intervalle des deux convocations mourait forcément intestat, s'il n'avait pas pris ses précautions à l'avance. De là le testament *in procinctu*, qui se faisait par une déclaration à haute voix en présence de l'armée (3). Je conjecture que ce mode de tester, particulièrement nécessaire dans des temps de guerres fréquentes et souvent imprévues, ne s'introduisit que lorsque les curies eurent perdu leur droit de contrôle sur la volonté du testateur. L'armée, en effet, légalement incapable de délibérer, pouvait bien remplacer les comices comme témoin, mais non leur emprunter

(1) J'ai déjà cité (n° 126) d'après Ulpien la célèbre formule des Douze Tables : *Uti legassit super pecunia tutela ve suæ rei, ita jus esto.* Cicéron (*De invent.*, II, 50; *Ad Herenn.*, I, 13) et Pomponius (L. 120, *De verb. sign.*, L, 16) leur prêtent des formules identiques au fond, mais un peu différentes dans l'expression. On lit dans Cicéron : *Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita jus esto;* et dans Pomponius : *Uti legassit suæ rei, ita jus esto.* D'après ces textes, il est vulgairement reçu que les Douze Tables consacrèrent la pleine liberté du testateur; et cette opinion serait incontestable, s'il était prouvé que dès lors le testament eût cessé de se faire dans les comices. Mais ce dernier point est douteux, et ceux qui croient que le testament *calatis comitiis* survécut au Douze Tables peuvent faire le raisonnement suivant : les textes précités règlent bien l'effet du testament, mais ils ne s'occupent pas des conditions de sa validité. Donc que le testateur propose librement ses dispositions, et qu'en les acceptant les curies en fassent une loi, voilà qui est évident. Mais cela ne signifie pas qu'elles soient tenues de les accepter et que le peuple entier devienne ainsi le secrétaire forcé de chaque citoyen. Ma conclusion est donc que nous ignorons absolument à quelle époque les dernières volontés de l'individu cessèrent d'être subordonnées à la volonté de tous.

(2) De là l'expression *calata comitia* (de *calare*, appeler).

(3) On en trouve un exemple dans Velléius Paterculus (II, 5).

leur rôle de législateurs (Gaius, II, § 101. — Aul.-Gell., XV, 27 § 3).

Le testament *in procinctu* ne remédiait que pour une situation exceptionnelle à l'inconvénient précédemment signalé. Aussi, mettant de côté la nécessité d'une intervention réelle du peuple, finit-on par appliquer à la transmission du patrimoine la solennité de l'*æs et libra* déjà usitée pour transférer la propriété, pour créer et pour éteindre des obligations, et dans laquelle le peuple ne figure plus que représenté par cinq témoins (page 530, note 2). On testa donc par une mancipation faite dans les formes ordinaires, l'institué jouant, sous le nom de *familiæ emptor*, le rôle d'acquéreur, le testateur lui mancipant son patrimoine (*familia*) et lui imposant par une sorte de pacte adjoint les legs et autres dispositions qu'il se proposait de faire. Le testament devenait ainsi un véritable acte privé; ce qui est surtout remarquable, il impliquait une convention, et cela suffirait à nous expliquer une règle bizarre qui domine toute la législation testamentaire des Romains : c'est qu'en général les dispositions du testateur ne valent qu'autant qu'elles comportent la possibilité d'une exécution immédiate (1).

Il est certain que cette troisième forme coexista plus ou moins longtemps avec les deux précédentes (Gaius, II, § 102). Mais elle les fit promptement disparaître par cette excellente raison qu'elle joignait à plus de simplicité l'avantage d'être en tout temps à la portée de tout le monde. Au surplus, deux inconvénients graves étaient inhérents à tous ces modes de tester : 1° les dispositions du testateur n'étaient pas secrètes; 2° elles n'étaient pas révocables à volonté. Il est, en effet, plus que probable que les testaments *calatis comitiis* ou *in procinctu* ne se révoquaient que par une loi, et le testament *per æs et libram* par une remancipation que le *familiæ emptor* faisait au testateur. Ces inconvénients vont disparaître dans la seconde période.

2e *période*. — Cette période, dont il est impossible de préciser le point de départ, mais qui certainement se prolonge au delà de l'âge classique, est celle du testament *per æs et libram* transformé (Gaius, II, §§ 103 et 104). Jusque-là les volontés du testateur s'exprimaient oralement. Désormais, au contraire, il commence par les rédiger en un écrit (*tabulæ testamenti*) qui par lui-même n'a d'autre valeur que celle d'un projet (2). Pour lui donner la force d'un testament, deux

(1) Du reste il est bien probable que cette règle remonte au delà du testament *per æs et libram*.

(2) Il n'y a pas besoin que le testament soit écrit par le testateur lui-même. Ce-

conditions sont nécessaires : une mancipation et une *testamenti nuncupatio*. La mancipation continue de se faire selon ses formes réglementaires (n° 222); mais le rôle de *familiæ emptor*, au lieu d'appartenir, comme autrefois, à l'héritier institué, est désormais rempli par un tiers. La mancipation n'intervient donc plus que pour la forme, par imitation du droit ancien, et cela s'accuse dans les paroles mêmes que prononce le *familiæ emptor* (Gaius, II, §§ 104). Quant à la *testamenti nuncupatio*, c'est une formule solennelle par laquelle le testateur, tenant à la main l'écrit qu'il a préparé, déclare en présence du *familiæ emptor*, du *libripens* et des cinq témoins, que là sont contenues ses dernières volontés (Gaius, *loc. cit.* — Ulp., XX §§ 9). Cet écrit demeure entre ses mains, de sorte qu'un secret absolu couvre ses dispositions et qu'il peut les anéantir à son gré.

Il est facile de voir que désormais, la mancipation n'étant plus sérieuse, le *familiæ emptor* et le *libripens* n'étaient au fond que des témoins sous des noms spéciaux, que la *testamenti nuncupatio* était elle-même inutile en tant que solennité, et qu'en un mot toute la force du testament résultait de la volonté écrite du testateur et du témoignage des personnes présentes. C'est ce que le préteur comprit, et il tint pour valable tout testament fait en présence de sept témoins qui auraient apposé leur cachet et écrit leur nom sur l'acte. Seulement, le testament, réduit à ces formes simples dont le droit civil ne se contentait pas, ne créait pas un véritable héritier; mais l'institué pouvait demander la *bonorum possessio secundum tabulas* qui sous un autre nom et en la supposant *cum re* (n°s 461 et s.), lui donnait à peu près les mêmes avantages que l'hérédité civile (Gaius, II, § 119. — Ulp., XXVIII § 6).

En dehors du testament *per æs et libram*, cette seconde période nous présente une autre forme civile de testament que les interprètes appellent nuncupatif et qui se fait par une déclaration orale en présence de sept témoins (L. 21 pr., *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1. — L. 2, C., *De bon. poss. sec. tab.*, VI, 11) (1).

3e *période*. — Dans cette dernière période nous trouvons d'abord le testament nuncupatif, qui reste ce qu'il était antérieurement (§ 14

pendant on annule, comme suspectes d'avoir été captées, toutes les dispositions écrites de la main du destinataire lui-même (L. 1, *De his quæ pro non script.*, XXXIV, 8).

(1) Le testament nuncupatif est certainement très-ancien. Une courte biographie d'Horace, attribuée à Suétone, nous apprend, en effet, que telle fut la forme dans laquelle le poëte exprima ses dernières volontés.

sup.), plus un testament écrit qu'on appelle *tripertitum*, parce qu'il est soumis à trois séries de règles dérivant de trois sources différentes, le droit civil, le droit prétorien et les constitutions impériales (§ 3 *sup.*). Voici ces règles : 1° il doit être fait d'un seul trait (*uno contextu*) (§ 3 *sup.* — L. 21 § 3, *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1. — L. 28 pr., C., *De test.*, VI, 23), et cela probablement par application d'une règle commune à tous les actes solennels (L. 137 pr., *De verb. obl.*, XLV, 1) (1); 2° il exige la présence de sept témoins qui apposent extérieurement leur cachet (*signaculum*) et à côté de leur cachet leur nom (*adscriptio*) (2). C'est là un emprunt fait au droit prétorien (§ 3 *sup.*); 3° ces témoins doivent avoir été convoqués dans le but spécial et exprès de figurer au testament (§ 3 *sup.* — L. 21 §§ 2, *Qui test. fac. poss.*) Il y a ici sans doute un souvenir du droit primitif où les comices, nous l'avons vu, ne pouvaient statuer sur un testament qu'en vertu d'une convocation spéciale; 4° enfin le testament doit porter intérieurement la signature (*subscriptio*) du testateur et de chaque témoin. C'est cette formalité, introduite par Théodose le Jeune, qui constitue l'élément nouveau du testament *tripertitum* (L. 21, C., *De testam.*, VI, 23) (3).

Veut-on maintenant caractériser par un trait saillant le résultat final du travail accompli dans chacune de ces trois périodes? La première aboutit à faire du testament un acte libre, indépendant de l'autorité publique; la seconde le soustrait à des formes vieillies dont le sens était perdu, mais elle n'arrive là qu'en établissant parallèlement deux législations antagoniques; dans la troisième enfin, cet antagonisme disparaît, et les formes du testament n'ont plus d'autre but que de mettre hors de doute la volonté du disposant (4).

(1) La même règle s'appliquait aux délibérations des comices, et probablement aussi à celles du sénat et des juges (Aul.-Gell., XIV, 7 § 9. — Tab. I, 7 à 9).

(2) La nécessité de l'*adscriptio*, constatée au Digeste (L. 22 § 4; L. 30, *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1), nous explique comment on pouvait permettre aux témoins de se servir tous du même cachet ou d'employer celui d'un tiers (§ 5 *sup.*).

(3) Pour le cas où le testateur ne saurait ni écrire ni signer, la constitution de Théodose exigeait un huitième témoin. Mais Justinien déclara la signature du testateur inutile, toutes les fois que l'acte exprimerait qu'il a été entièrement écrit de sa main (L. 28 § 1, C., *De testam.*). Il n'est pas douteux, en effet, que l'on pouvait faire écrire ses dispositions par une personne quelconque, pourvu qu'elle ne fût pas gratifiée dans le testament.

(4) Au total, on peut compter dans l'ensemble des trois périodes sept formes de testament, savoir, les testaments : 1° *calatis comitiis;* 2° *in procinctu;* 3° *per æs et*

II. — RÈGLES RELATIVES AUX TÉMOINS.

Lib. VI, tit. x, *De testamentis ordinandis*, § 6. — Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est, nec is quem leges jubent improbum intestabilemque esse (1), possunt in numero testium adhiberi.

On peut prendre pour témoins ceux que l'on peut instituer. Mais la femme, l'impubère, l'esclave, le fou, le muet, le sourd, l'interdit, et celui que les lois déclarent *intestabilis*, ne peuvent pas figurer parmi les témoins.

§ 7. — Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Adrianus Catonio Vero quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento ut sic habeatur atque si ut oportet factum esset, quum eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit, neque quisquam esset qui status ei quæstionem movisset.

Que si au jour de la confection du testament, l'un des témoins passait pour libre, et que plus tard on vienne à découvrir qu'il était esclave, le divin Adrien, dans un rescrit adressé à Catonius Vérus, et après lui les divins Sévère et Antonin ont décidé qu'ils voulaient bien venir en aide au testament et le traiter comme s'il avait été fait régulièrement, puisqu'au moment où le témoin apposait son cachet, du consentement de tous il était considéré comme libre, et aucune question d'état n'était soulevée contre lui.

§ 8. — Pater necnon is qui in potestate ejus est, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, utrique testes in uno testamento fieri possunt; quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

Le père et l'enfant placé en sa puissance, de même deux frères qui se trouvent sous la puissance du même père, peuvent figurer ensemble comme témoins dans un même testament, parce qu'il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'une même maison fournisse plusieurs

libram dans sa première forme; 4° *per æs et libram* dans sa seconde forme; 5° *nuncupatif;* 6° *prétorien;* 7° *tripartit.*

(1) Sont *intestabiles* les personnes condamnées pour adultère, concussion (*repetundæ*) ou diffamation (*carmen famosum*) (LL. 14 et 15 pr., *De testib.*, XXII, 5. — L. 18 § 1, *Qui test. fac. poss.* — L. 5 § 9, *De inj.*, XLVII, 10), ainsi que celles qui ont dénié leur signature ou leur cachet précédemment apposés à un autre testament (Théoph., sur le § 6 *sup.*).

§ 9. — In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed et si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est; reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

§ 10. — Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui eum habet in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Licet enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres, qui familiæ emptorem et eos qui per potestatem ei coadunati fuerant testimoniis repellebant, heredi et iis qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare, licet ii qui id permittebant hoc jure minime abuti eos debere suadebant, tamen nos, eamdem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, nec aliis personis quæ ei, ut dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare; ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

témoins dans une affaire qui ne l'intéresse pas.

Parmi les témoins ne doit pas figurer celui qui est en la puissance du testateur. Mais si un fils de famille après son congé teste touchant son pécule *castrense*, il ne peut prendre pour témoin ni son père ni celui qui se trouve sous la puissance du même père; en effet, dans cette hypothèse on réprouve le témoignage des personnes de la maison.

Mais ni l'héritier inscrit, ni celui qui est en sa puissance, ni le père sous la puissance duquel il se trouve lui-même, ni les frères placés sous la puissance du même père, ne peuvent être pris pour témoins, parce que toutes les solennités de la confection du testament sont réputées aujourd'hui se passer entre le testateur et l'héritier. En effet, si, au milieu de la confusion jetée dans toute cette matière, les anciens repoussaient le témoignage du *familiæ emptor* et des personnes qui se rattachaient à lui par le lien de la puissance, et si, tout en admettant celui de l'héritier et des personnes unies à lui par ce même lien ils conseillaient de ne pas en user, nous, corrigeant cette législation et transformant ce conseil en obligation, nous décidons qu'à l'exemple de l'ancien *familiæ emptor*, ni l'héritier qui le représente aujourd'hui, ni les autres personnes unies à l'héritier, comme il a été dit, ne pourront fournir leur témoignage; et c'est pourquoi nous avons exclu de notre Code les anciennes constitutions qui l'admettaient.

§ 11. — Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis quæ eis conjunctæ sunt, testimonium non denegavimus, imo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus, et multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.

Quant aux légataires et aux fidéicommissaires, comme ils ne succèdent pas à la personne, nous ne leur avons pas refusé le droit d'être témoins non plus qu'aux personnes qui se rattachent à eux; bien mieux, nous avons fait une constitution pour le leur accorder spécialement, et à plus forte raison le concédons-nous aussi aux personnes placées en leur puissance ou sous la puissance de qui ils se trouvent eux-mêmes.

322. La règle générale est que le testateur choisit librement ses témoins parmi les personnes qu'il pourrait instituer (§ 6 *sup.* — Ulp., XX § 2). Mais cette règle comporte deux séries d'exceptions, les unes absolues, les autres relatives.

Sont absolument incapables, c'est-à-dire ne peuvent figurer comme témoins dans aucun testament : 1° les femmes ; 2° les impubères; 3° les prodigues interdits; 4° les fous; 5° les muets et les sourds; 6° les esclaves; 7° les *intestabiles* (§ 6 *sup.* — Aul.-Gell., XV, 13).

Sont frappés d'une incapacité relative, c'est-à-dire restreinte à un certain cas : 1° le fils de famille placé sous la puissance du testateur (§ 9 *sup.*) (1); 2° les personnes qu'un lien de puissance rattache au *familiæ emptor*, c'est-à-dire son père, son fils, son frère (Gaius, II, §§ 105 et 106). Cette incapacité fut logique, tant que le *familiæ emptor* se confondit avec l'héritier institué. Mais elle aurait dû disparaître le jour où il fut désintéressé dans le testament, et néanmoins le droit classique la maintint par esprit de tradition. En sens inverse, on aurait dû exclure également le témoignage de l'institué et des personnes qui lui étaient unies par la puissance paternelle : on ne le fit pas, mais Gaius conseillait de n'y point recourir (II, § 108), et il est fort probable que ce conseil fut suivi par la jurisprudence (L. 20 pr., *Qui test. fac. poss.*); sûrement, Justinien le transforma en une règle obli-

(1) Faut-il réciproquement, quand un fils de famille teste *de peculio castrensi*, repousser le témoignage de son père? Gaius (II, § 106) et Justinien qui le copie (§ 9 *sup.*) disent oui. Plus logique, Ulpien (L. 20 § 2, *Qui test. fac. poss.*) dit non, tirant en cela une conséquence de cette règle que le fils de famille est réputé *paterfamilias* relativement à son pécule *castrense*. Du reste, la question suppose que le fils teste *post missionem;* sans quoi, jouissant des priviléges militaires, il serait dispensé de l'observation de toutes formes.

gatoire, ramenant ainsi l'ordre et la logique dans une matière que l'esprit de routine avait désorganisée (§ 10 *sup.*).

Au surplus, on n'exigea jamais que les témoins fussent étrangers les uns aux autres, pourvu qu'aucun rapport de puissance ne les rattachât ni au testateur ni au *familiæ emptor*, ou plus tard à l'institué (§ 8 *sup.*). De même, le témoignage des légataires et des fidéicommissaires fut toujours admis, par ce motif qu'ils ne succèdent pas à la personne (§ 11 *sup.*), motif peu satisfaisant, puisque leur intérêt dans le testament peut égaler et même dépasser celui de l'héritier.

Reste à poser sans développement trois règles d'une grande importance pratique : 1° dans le droit classique, qui ne peut être témoin ne peut pas non plus être *familiæ emptor* ou *libripens* (Ulp., XX §§ 3, 7 et 8 — Gaius, II, § 107) ; 2° la capacité des témoins est exigée au moment même de la confection du testament, mais il est indifférent qu'ils la perdent ensuite (L. 22 § 1, *Qui test. fac. poss.*) ; 3° l'incapacité du témoin qui actuellement passe aux yeux de tout le monde pour capable, ne vicie pas le testament (§ 7 *sup.*). C'est l'application de l'adage : *error communis facit jus* (page 95, note 1).

III. — DE LA FORME DE L'INSTITUTION, ET ACCESSOIREMENT DE SES MODALITÉS.

Lib. III, tit. XIV, *De heredibus instituendis*, § 9. — Heres pure et sub conditione institui potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti *post quinquennium quam moriar*, vel *ex calendis illis*, vel *usque ad calendas illas heres esto*. Denique diem adjectum pro supervacuo haberi placet, et perinde esse ac si pure heres institutus fuisset.

L'héritier peut être institué purement ou sous condition. Il ne peut pas l'être à partir d'un certain terme ou jusqu'à un certain terme, par exemple ainsi qu'il suit : *que cinq ans après ma mort* ou *à partir de telles calendes*, ou *jusqu'à telles calendes, un tel soit mon héritier*. C'est pourquoi on répute la mention du terme non avenue et l'héritier institué purement et simplement.

§ 10. — Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, necnon in fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur.

La condition impossible est tenue pour non écrite dans les institutions et dans les legs, et de même dans les fidéicommis et les affranchissements.

§ 11. — Si plures conditiones institutioni adscriptæ sunt, si quidem

Plusieurs conditions étant apposées à l'institution, si elles sont

conjunctim, utputa *si illud et illud factum erit*, omnibus parendum est; si separatim, veluti *si illud aut illud factum est*, cuilibet obtemperare satis est.

conjointes, par exemple en ces termes *si telle et telle chose se font*, il faut obéir à toutes; si elles sont séparées, par exemple *si telle ou telle chose se fait*, c'est assez d'obéir à l'une quelconque des deux.

323. Dans le droit classique, l'institution d'héritier doit être conçue en termes impératifs. Cette règle, vestige de l'époque où le testament constituait une véritable loi, fut entendue avec une telle sévérité que pendant longtemps on n'admit qu'une seule formule, empruntée au style législatif : *Titius heres esto*. Puis on consacra successivement les deux suivantes : *Titium heredem esse jubeo; Titius heres sit* (Gaius, II, § 117. — Ulp., XXI). Conçue de toute autre manière, l'institution est réputée non avenue; partant, s'il n'y en a qu'une seule, le testament lui-même est frappé de nullité (Gaius, II, § 116). Ces exigences formalistes étaient trop arbitraires pour subsister longtemps; aussi, dès l'époque classique, les jurisconsultes tiennent pour valable toute formule que l'on peut raisonnablement considérer comme un équivalent des précédentes (L. 1 §§ 5 à 7, *De hered. inst.*); et, en l'année 339, Constantin permit au testateur d'exprimer sa volonté en des termes quelconques (L. 15, C., *De testam.*, VI, 23) (1).

On a déjà vu (n° 319) que l'institution d'héritier ne comporte ni *dies ad quem* ni condition *ad quam*, et que lorsque ces modalités y ont été apposées, on les tient pour non écrites. Les mêmes décisions s'appliquent au *dies a quo*, c'est-à-dire au terme qui tend à reculer le jour où l'institué pourra acquérir l'hérédité (L. 34, *De her. inst.*, XXVIII, 5). Mais il en est tout autrement de la condition *sub qua*, c'est-à-dire de celle qui suspend la vocation même de l'institué; en règle générale, les Romains la réputent valable (§ 9 *sup.*) (2). Soit donc une institution ainsi conçue : *Titius heres esto post quinquennium quam moriar*, Titius n'aura pas besoin d'attendre l'expiration des cinq ans pour faire adition. Qu'au contraire le testateur se soit

(1) Je ne parle pas ici de la règle d'après laquelle l'institution doit précéder toutes les dispositions qui se résolvent en une charge pour l'institué. Car l'inobservation de cette règle est indifférente à la validité de l'institution elle-même, et par suite à la validité du testament (n° 383).

(2) Dans la première forme du testament *per æs et libram*, il est évident que la condition expresse ne pouvait pas être admise (n° 124).

exprimé en ces termes : *Titius heres esto, si Mævius consul creatus fuerit*, Titius ne pourra faire adition qu'après l'arrivée de la condition; que si elle vient à défaillir, le droit d'accroissement s'ouvrira au profit des autres institués, et dans le cas où il n'y en aurait pas, la succession sera déférée aux héritiers légitimes. Reste à expliquer la différence que les Romains établissent ici entre le terme et la condition, et pour cela il faut analyser la pensée du testateur qui fait intervenir l'une ou l'autre de ces modalités. Or, évidemment, instituer un héritier sous condition, c'est marquer de la manière la plus claire que l'on n'est pas absolument décidé à lui laisser son hérédité; c'est dire que l'on ferait l'institution pure et simple si l'on était dès à présent certain que l'événement mis *in conditione* arrivera, et qu'au contraire on ne la ferait pas du tout si l'on avait la certitude inverse. Cette indécision du testateur peut être déterminée par les considérations les plus sérieuses, et la loi lui prêterait une volonté qu'il n'a pas si elle annulait la condition. Tout au contraire, l'apposition d'un simple terme ne laisse aucun doute sur l'intention du testateur : il a certainement voulu que l'institué recueillît son hérédité, mais le terme qu'il lui a imposé ne s'explique par aucun motif raisonnable. Car quel en pourrait être l'effet? uniquement de prolonger la jacence de l'hérédité, par conséquent d'interrompre plus longtemps les *sacra* du défunt, de retarder le payement des dettes héréditaires et de maintenir l'incertitude sur la propriété de ses biens, tous résultats auxquels la loi répugne. Aussi ne voit-elle dans l'apposition d'un terme qu'une fantaisie dont il ne faut pas tenir compte, et si elle l'annule, c'est par des raisons toutes semblables à celles qui expliquent l'usucapion *pro herede* (1).

(1) Dans mes précédentes éditions j'expliquais tout autrement l'annulation du *dies a quo*. Je disais qu'en le validant on aurait permis aux héritiers légitimes de faire adition après le décès et qu'ensuite l'arrivée du terme aurait eu pour effet de les dessaisir, ce qui serait contraire à la règle *semel heres, semper heres*. Mais cette explication doit être rejetée. Et d'abord, reposât-elle sur une idée exacte, elle serait visiblement insuffisante; car il est possible que l'héritier institué *ex die* soit en concours avec d'autres institués; or cela n'empêche pas le terme d'être annulé, et cependant on aurait beau le maintenir, les héritiers légitimes n'arriveraient pas pour cela. Mais il faut aller plus loin : le testament ne contînt-il que l'institution *ex die*, et le *dies* fût-il réputé valable, l'arrivée provisoire des héritiers légitimes serait encore impossible; car de même que la tutelle légitime n'est déférée que lorsque tout espoir d'une tutelle testamentaire a disparu (n° 130), de même la délation de l'hérédité légitime suppose la certitude acquise qu'il n'y aura jamais d'héritier testamentaire (L. 89, *De reg. jur.*, L, 17). Que cette règle eût été applicable en supposant la validité du terme apposé à l'institution, c'est ce qu'il est facile de prouver : en effet, il y a des conditions qui sont de nature à ne pouvoir s'accomplir qu'après un délai déterminé

324. Pour des raisons diverses, les Romains admettent ici cinq règles spéciales qui s'appliquent à toutes dispositions de biens faites par testament et constituent autant de dérogations à la théorie générale des conditions. Voici ces règles envisagées dans leur application particulière à l'institution d'héritier :

1° La condition ne produit son effet qu'autant qu'au jour où elle arrive, elle trouve l'institué encore vivant et aussi capable qu'il l'était au moment de la condition du testament (Inst., § 4, *De hered. qual.*, II, 19). — La raison en est que toute disposition testamentaire dérive d'un sentiment de bienveillance pour une personne déterminée : c'est donc cette personne elle-même, et non ses ayant cause, que le testateur se propose de gratifier.

2° Par la même raison, si la disposition est adressée à un esclave ou à un fils de famille, c'est au jour de l'événement de la condition qu'il faut se placer pour savoir qui est appelé à en profiter. — Donc la personne gratifiée est-elle devenue *sui juris :* elle fait adition pour son propre compte et si cela lui convient. A-t-elle passé sous une autre puissance : elle ne peut faire adition que par l'ordre et pour le compte de son nouveau maître ou de son nouveau père (1).

3° Le *dies incertus*, c'est-à-dire le terme qui arrivera sûrement, mais à une époque qu'il est impossible de préciser d'avance, vaut condition dans les testaments (L. 75, *De cond. et dem.*, XXXV, 1) (2).

(L. 21 pr.; L. 22, pr., *Quand. dies leg. ced.*, XXXVI, 2). Or nous ne voyons nulle part que lorsque l'institution a été subordonnée à une condition de cette espèce, cela entraîne pour le moment délation de l'hérédité *ab intestat.*

(1) Ces deux règles montrent qu'en matière de testament la condition une fois accomplie ne rétroagit pas; et cela est confirmé par d'autres décisions (L. 80 § 2, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2). Il est également certain qu'aucun effet rétroactif n'est attaché à la défaillance de la condition : ce qui le prouve, c'est que, pour savoir à qui la succession légitime est déférée, on ne se reporte pas à l'époque du décès, on se place au moment même où la condition défaut (n° 417).

(2) Pourquoi donc le terme incertain est-il traité ici tout autrement que le terme certain? C'est une question que je ne me charge de résoudre ni à l'aide des textes ni par le raisonnement. Voici toutefois les deux principales explications qui ont cours parmi les interprètes : 1° on part de cette idée très-juste que toute institution d'héritier est faite *intuitu personæ*, et l'on dit que l'institué *ex die incerto* pouvant mourir avant l'arrivée du terme, sa vocation se trouve, par la force des choses, subordonnée à cette condition : *s'il vit encore au jour où le terme arrivera.* Mais il est facile de voir que cette explication passe à côté de la difficulté et ne la résout pas : car que j'institue un héritier *post quinquennium quam moriar*, est-il bien sûr que cet institué vivra encore cinq ans après ma mort, et par conséquent, ne pourrait-on pas dire avec autant de raison que sa vocation est subordonnée à cette condition : *s'il me survit pendant cinq ans?* Cependant ici l'on efface le terme et l'on répute

— Soit par exemple une institution ainsi conçue : *Titius heres esto, quum Mævius morietur.* Mævius mourra, voilà le point certain. Quand mourra-t-il? On l'ignore. Or je dis qu'une pareille disposition est assimilée à celle-ci : *Titius heres esto, si Mævio superstes fuerit.* Le sens pratique de la règle est évident : elle signifie que l'hérédité ne sera déférée à Titius qu'autant qu'il survivra à Mævius, et qu'à l'inverse elle ne peut être déférée aux héritiers *ab* intestat qu'autant que Titius mourra avant Mævius, en d'autres termes que, Titius et Mævius vivant l'un et l'autre, aucune adition ne sera possible. Du reste, il n'est pas douteux que ceci s'applique exclusivement au *dies incertus a quo.* Si, en effet, il s'agit d'un *dies ad quem*, si par exemple Titius a été institué *donec Mævius moriatur*, l'assimilation d'un pareil terme à une condition ne mènerait à rien, puisque la condition *ad quam*, comme le *dies ad quem*, est reputée non écrite (n° 319). L'institution *donec Mævius moriatur* vaut donc comme institution pure et simple (L. 23 pr., *De hered. instit.*) (1).

l'institution pure et simple; 2° l'observation du *dies certus* aurait, dit-on, un résultat contraire à la loi : ce serait d'autoriser pour le moment les héritiers légitimes à faire adition, et plus tard, le terme arrivant, de les dessaisir. Le *dies incertus*, au contraire, par cela même qu'on ignore le moment de son échéance et qu'il peut arriver à chaque instant, suffit pour faire planer une incertitude permanente sur la vocation des héritiers légitimes et pour les empêcher de faire adition (page 877). On peut donc l'observer sans méconnaître la règle *semel heres, semper heres esto*, et sans risquer de faire succéder un héritier testamentaire à un héritier légitime. Cette seconde explication est réfutée d'avance par des observations déjà présentées (p. 807, note 1). — En résumé donc, j'avoue ne pas saisir le motif de la doctrine romaine sur le *dies incertus.* Mais cela ne fait pas que j'adhère à une opinion récemment émise, d'après laquelle ce serait seulement dans les legs que le *dies incertus* équivaudrait à une condition. Cette opinion se fonde d'une part sur un texte où Papinien dit d'une manière générale que l'on efface le *dies* apposé à une institution (L. 34, *De her. inst.*, XXVIII, 5), et d'autre part, sur ce que le plus grand nombre des textes qui constatent l'assimilation du *dies incertus* à une condition se réfèrent expressément à des legs. Il est bien vrai, on le reconnait, que Papinien lui-même pose cette formule générale : *Dies incertus in testamento conditionem facit* (L. 75, *De cond. et dem.*, XXXV, 1). Mais, dit-on, *in testamento* équivaut ici à *in legato*, comme si le jurisconsulte n'eût pas aperçu la différence profonde des deux expressions! D'ailleurs on verra plus tard que cette règle n'est pas plus facile à motiver dans son application aux legs qu'aux institutions, et dès lors il n'y a aucune raison concluante pour en restreindre la portée.

(1) Il y a au code (L. 9, *De her. inst.*, VI, 24) un texte ainsi conçu : *Extraneum etiam quum moreretur heredem scribi placuit.* Beaucoup d'éditions portent, contrairement à l'autorité des manuscrits, *quum quis moreretur*, et alors le texte n'est plus qu'une application de la règle *dies incertus in testamento conditionem facit.* Mais en le prenant tel que les manuscrits le donnent, il signifie qu'une personne peut être instituée pour le moment même où elle mourra; or comme l'institué ne peut ni

A. 4° L'héritier institué sous une condition négative qui dépend de sa volonté peut la tenir pour accomplie et faire adition immédiatement, à la charge de fournir la caution mucienne (1). — On entend par là une promesse accompagnée de satisdation par laquelle il s'engage envers la personne intéressée, soit un cohéritier, un substitué vulgaire, ou l'héritier légitime, à lui restituer l'hérédité en cas de contravention entraînant défaillance de la condition (L. 7 pr. et § 1, *De cond. et dem.*, XXXV, 1). Des exemples feront ressortir le motif de cette règle. Supposons d'abord l'institution ainsi conçue : *si Titius in Capitolium non ascenderit, si in Asiam non ierit ;* si Titius devait attendre, pour faire adition, que la condition ne pût plus défaillir, il attendrait jusqu'à sa mort. Or comme la mort de l'institué rend l'adition impossible, une pareille condition n'aurait pas de sens, étant d'avance condamnée à ne produire aucun effet. Changeons l'exemple, et supposons Titius institué *si Stichum non manumiserit* (2). Ici il est possible que la condition se réalise du vivant de l'institué, et cela par le prédécès de Stichus. Notre règle ne présente donc pas dans cette hypothèse le même caractère de nécessité absolue que dans les précédentes. Et néanmoins elle se justifie encore par le même motif, si l'on réfléchit que l'institué, lui aussi, peut mourir le premier, et qu'en ce cas l'adi-

faire adition après sa mort ni transmettre sa vocation à ses propres héritiers, il faut, pour donner une signification pratique à ce texte, admettre que le *dies incertus* est ici assimilé au *dies certus* et réputé non écrit. Et de là cette conclusion générale : le *dies incertus* apposé à une institution n'équivaut à une condition qu'autant que par la force des choses il ne doit pas arriver avant la mort de l'institué. Nous verrons plus loin qu'une restriction semblable est certainement admise en matière de legs : pourquoi donc ne le serait-elle pas aussi en matière d'institution? Au surplus, le texte précité fait naître la question de savoir si un *suus* peut être valablement institué *quum morietur*, et l'affirmative me paraît tout à fait probable puisque l'institution est réputée alors pure et simple.

(1) Il y eut sous la république deux grands jurisconsultes du nom de Mucius. L'un est Publius Mucius Scévola, que Cicéron appelait le plus éloquent des jurisconsultes. L'autre, fils du précédent, est le grand pontife Quintus Mucius Scévola, qui le premier essaya de coordonner les principes du droit civil (L. 2 §§ 40 et 41, *De orig. jur.*, I, 2). C'est sans doute l'un de ces deux personnages qui imagina la caution mucienne.

(2) Cet exemple, emprunté à un texte du Digeste (L. 67, *De cond. et dem.*), prouve qu'il ne faut pas, à l'exemple de certains interprètes, restreindre l'application de la caution mucienne au cas d'une condition dont l'accomplissement doive nécessairement demeurer incertain pendant toute la vie de l'institué ou du légataire. Cette restriction, également repoussée par un autre texte (L. 7 § 1, *De cond. et dem.*), a été fondée sur un passage de Papinien (L. 73, *De cond. et dem.*), duquel il résulte bien que toutes les conditions de cette nature entraînent application de la caution mucienne, mais non pas qu'elles l'entraînent seules.

tion d'hérédité deviendrait impossible juste au moment de l'accomplissement de la condition.

A. 5° Toute condition de donner ou de faire qui est imposée à l'héritier et qui suppose le concours d'un tiers, est réputée accomplie par cela seul que le tiers refuse de se prêter à son accomplissement. — Soit par exemple une institution subordonnée à l'une de ces conditions *si Titio decem dederit, si Titium adrogaverit.* Il suffit que Titius refuse de recevoir la somme indiquée ou de se laisser adroger pour que l'institué soit autorisé à faire adition (LL. 3 et 11, *De cond. inst.*, XXVIII, 7), tandis qu'au contraire le décès de Titius ou tout autre cas fortuit qui empêcherait la dation ou l'adrogation entraînerait défaillance de la condition. (L. 23 § 2, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2. — L. 101 pr., *De cond. et dem.*). Le testateur, en effet, a dû prévoir le prédécès de Titius et en général les cas fortuits ; mais assurément, ou il n'a pas prévu le mauvais vouloir du tiers, ou tout au moins il n'a pas entendu mettre à sa disposition un moyen certain de faire défaillir la condition et de réduire la libéralité à néant. Les précédentes décisions ne sont donc que l'application d'une règle plus générale d'après laquelle il faut, quand on recherche si la condition doit être réputée accomplie ou défaillie, consulter avant tout l'intention du testateur (L. 19 pr., *De cond. et dem.*).

325. L'institution d'héritier ne comporte pas toute espèce de conditions suspensives. Parmi les conditions prohibées, les unes ont pour effet de l'annuler, les autres sont simplement réputées non écrites et lui laissent le caractère d'institution pure et simple.

Les conditions qui annulent l'institution, et elles annuleraient aussi bien toute autre espèce de disposition testamentaire, sont les suivantes :

1° Les conditions contradictoires (*perplexæ*), telles que celles-ci : *Titius heres esto, si Seius heres erit; Seius heres esto, si Titius heres erit* (L. 16, *De cond. inst.*, XXVIII, 7).

2° Les conditions qui rendent l'institution *captatoria*, c'est-à-dire qui tendent à provoquer une autre institution, soit en faveur du testateur lui-même, soit en faveur d'un tiers. Telle est celle-ci : *Titius heres esto, si Mævium* ou *si me instituerit* (L. 70; L. 71 § 1, *De hered. inst.* — (1).

(1) L'institution ainsi conçue : *Titius heres esto, si me*, ou *si Mævium instituit*, n'est pas réputée *captatoria* (L. 71 pr., *De hered. inst.*); car, dit-on avec quelque subtilité, elle n'a rien de conditionnel et ne tend pas à déterminer une autre institution.

3° Les conditions purement potestatives de la part d'un tiers, par exemple, *Titius heres esto, si Mævius voluerit* (L. 32 pr.; L. 68, *De hered. inst.*).

Sont réputées non écrites :

1° Les conditions impossibles ou contraires aux lois de la nature, par exemple celle-ci : *Titius heres esto, si cœlum digito tetigerit* (§ 10 *sup.* — Paul, III, 4b § 1) (1).

2° Les conditions contraires soit à une loi expresse, soit aux bonnes mœurs, par exemple celle-ci : *si homicidium fecerit* (L. 14, *De cond. inst.*) (2).

Pourquoi ces deux catégories de conditions qui, apposées à un contrat ou à tout autre acte entre-vifs, le rendraient absolument nul, n'empêchent-elles pas la validité de l'institution? Pourquoi, dis-je, se borne-t-on à les effacer, divisant ainsi la volonté du testateur, qui, par cela même qu'il subordonne l'institution à une condition contraire à la nature ou réprouvée par la loi ou les mœurs, semble bien dans le premier cas détruire lui-même sa disposition, et dans le second cas l'exposer sciemment à la nullité? Je ne puis expliquer une si profonde dérogation au droit commun que par la répugnance des Romains à mourir intestats. Leur pensée est que le testateur a voulu par-dessus tout avoir un héritier testamentaire, et que, plutôt que de faire une disposition inefficace, il eût lui-même supprimé la condition (3). Cette doctrine s'accordait si bien avec les mœurs romaines qu'elle paraît n'avoir jamais été discutée et que nous la trouvons admise aussi bien par Labéon que par Sabinus et Cassius (L. 20 pr., *De cond. inst.* — L 6 § 1, *De cond. et dem.*). Mais les Sabiniens ne s'en tinrent pas là : ils proposèrent de réputer également ces conditions non écrites dans les legs, dans les fidéicommis et dans les affranchissements. Cette extension d'une doctrine tout à fait exceptionnelle rencontra chez les Proculiens une résistance d'autant plus fondée

(1) Les conditions déjà défaillies au jour où le testateur les appose sont réputées impossibles, si dans sa pensée elles se réfèrent à l'avenir (L. 6 § 1, *De cond. et dem.*).

(2) L'immoralité de la condition doit évidemment s'apprécier d'après les idées et les mœurs romaines. C'est ainsi que Paul cite comme immorale une condition qui pour nous ne serait que bizarre : *Si barbaro habitu processeris* (Paul, III, 4b § 2). De même, bien des conditions impossibles pour les Romains sont devenues possibles aujourd'hui. Telle serait celle-ci : *Si vous allez de Paris à Marseille en un jour.*

(3) Cette explication n'est satisfaisante que pour les cas où la personne instituée sous une condition impossible ou illicite n'a ni cohéritiers ni substitués. Mais il est bien probable que c'est ce cas seul qui a préoccupé les Romains.

que la chance pour le défunt de mourir intestat s'accroît en proportion directe des charges valablement imposées à l'institué. Aussi Gaius, qui rapporte la controverse (III, § 98), avoue, tout Sabinien qu'il est, n'apercevoir aucune raison pour justifier l'opinion de son école (1). Néanmoins, elle avait prévalu sur la fin de l'époque classique (L. 3, *De cond. et dem.*), et Justinien (§ 10 *sup.*) la présente comme incontestée. Tout ce que l'on peut dire pour l'expliquer, c'est que la jurisprudence céda outre mesure à son habitude d'interpréter les dispositions testamentaires d'une manière favorable à la personne gratifiée (L. 12 § 2, *De us. et hab.*, VII, 8. — L. 12, *De reg. jur.*, L, 17). Au surplus les jurisconsultes romains me fournissent eux-mêmes deux observations qui contiennent la condamnation très-nette de toute cette théorie. Modestin (L. 27 pr., *De cond. inst.*), rapportant qu'un testateur avait institué un héritier sous cette condition *si reliquias ejus in mare abjecisset*, fait remarquer qu'avant de tenir la condition pour non écrite, il y a eu lieu d'examiner en fait si le testateur n'était pas fou et si en conséquence le testament n'est pas nul. De même Paul (L. 4 § 1, *De statulib.*), dans l'hypothèse d'un legs de liberté fait sous une condition imposée à l'esclave et tellement difficile à remplir qu'elle lui ôte presque toute chance d'arriver à la liberté, décide que le legs est nul, le testateur n'ayant pas eu réellement l'intention de l'affranchir. Généralisons : il résulte de là qu'en présence d'une condition impossible ou contraire aux lois ou aux mœurs, le juge peut déclarer la disposition nulle pour démence du testateur ou parce que sa volonté n'a pas été sérieuse. Rien de plus raisonnable à coup sûr, mais aussi rien de plus commode pour éluder en pratique la règle d'après laquelle ces conditions doivent être tenues pour non écrites (2).

(1) Le texte de Gaius semble bien prouver que la controverse ne portait pas, quoi qu'on en ait dit, sur les institutions d'héritier. Cependant l'on peut en sens inverse argumenter *a contrario* d'un texte où il est dit que, de l'aveu de tous, la condition de ne pas faire une chose impossible n'empêche pas l'institution d'être pure et simple (L. 50 § 1, *De her. inst.*, XXVIII, 5).

(2) Pour expliquer rationnellement cette règle, on donne surtout les deux motifs suivants : 1° dans la pratique il est rare qu'une condition présente un caractère d'impossibilité ou d'immoralité aussi évident que celles que l'on prend ordinairement pour exemples. Si donc le testateur était là pour expliquer sa pensée, peut-être démontrerait-il que la condition, telle qu'il l'a entendue, n'a rien d'impossible ni d'immoral. Soit : mais la seule conséquence légitime de cette observation, c'est que la preuve de l'impossibilité ou de l'immoralité devrait incomber à celui qui allègue la nullité de la disposition ; 2° il ne faut pas que la personne gratifiée soit punie de l'irréflexion ou de l'immoralité du testateur. Je le veux bien ; mais ce

DE LA CAPACITÉ DE TESTER (1).

Lib. II, tit. XI, *De testamento militari*, § 6. — Sciendum tamen est quod ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges quam principales constitutiones quibusdam quasi castrensia dederunt peculia, et horum quibusdam permissum erat etiam in potestate degentibus testari. Quod nostra constitutio latius extendens permisit omnibus, in his tantummodo peculiis, testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia erit nihil eorum quæ ad præfatum jus pertinent ignorare.

Il faut savoir cependant qu'à l imitation du pécule *castrense*, les lois antérieures et les constitutions des princes ont donné à certaines personnes des pécules *quasi castrensia*, et parmi elles quelques-unes, quoique en puissance, avaient la permission de tester. Notre constitution, élargissant cette permission, autorise tous les fils de famille à tester, mais seulement sur ces pécules et en suivant le droit commun. Par la lecture de cette constitution, l'on aura une pleine connaissance du droit que nous avons établi.

Lib. II, tit. XII, *Quibus non est permissum facere testamentum*, pr. — Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut, quamvis eis parentes permiserint, nihilo magis jure testari

Cependant il n'est pas permis à tous de faire un testament. Et, en effet, les personnes soumises à la puissance d'autrui n'ont pas le droit de tester, à tel point que, même avec la permission de leur père, elles ne testeraient pas valablement, excepté celles que nous avons pré-

qu'on donne à cette personne, on le refuse nécessairement à une autre qui n'a pas non plus mérité d'être punie. La vérité est donc qu'il ne s'agit pas ici de punir ou de ne pas punir. Le testateur a-t-il disposé sérieusement et d'une manière conforme aux lois? Toute la question est là.

(1) La capacité de tester s'appelle *factio testamenti* (Gaius, II, § 114), et l'on remarquera tout de suite que la même expression désigne aussi la capacité d'être institué (Inst., § 4, *De her. qual.*, II, 19). Ce langage est bien facile à expliquer, si l'on se rappelle que le testament *per æs et libram*, envisagé dans sa forme primitive, était réellement l'œuvre commune du testateur et de l'institué. Toutefois, afin de prévenir toute confusion, les interprètes distinguent la *factio testamenti activa* et la *factio testamenti passiva*. — Papinien (L. 3, *Qui test. fac. poss.*) dit de la *factio testamenti* qu'elle est *non privati, sed publici juris*. Cela peut signifier de deux choses l'une : ou que les règles relatives à la capacité de tester et d'être institué sont d'ordre public, ce qui n'est pas douteux; ou qu'elles appartiennent au *jus publicum* en ce sens que cette capacité exige le *commercium*, et que c'est le droit public qui détermine les personnes investies ou privées du *commercium*. Du reste, ces deux capacités ne sont pas toujours corrélatives, et notamment bien des personnes peuvent être instituées qui sont incapables de tester; tels sont les fils de famille, les impubères, les fous, les esclaves (L. 16 pr., § 1, *Qui test. fac. poss.*).

possint, exceptis iis quos antea enumeravimus, et præcipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus, de eo quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervæ, necnon optimi imperatoris Trajani; postea vero, subscriptione divi Adriani, etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint. Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium ejus esse qui id in castris adquisierit, quanquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur : exceptis videlicet iis quæ ex sacris constitutionibus et præcipue nostris propter diversas causas non adquiruntur. Præter hos igitur qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

cédemment énumérées et avant tout les militaires en puissance, lesquels ont reçu par des constitutions impériales la faculté de tester relativement aux biens acquis dans les camps. Dans le principe, ce droit ne fut accordé qu'aux fils de famille militaires, tant par le divin Auguste que par Nerva et par l'excellent empereur Trajan; puis un rescrit du divin Adrien le concéda aussi aux militaires congédiés, c'est-à-dire aux vétérans. Si donc ces fils de famille disposent par testament de leur pécule *castrense*, il appartiendra à celui qu'ils auront institué héritier. Que s'ils meurent intestats, sans descendants ni frères survivants, il appartiendra, selon le droit commun, à leurs ascendants. Par où nous pouvons comprendre que les acquisitions réalisées dans les camps par un fils de famille militaire ne peuvent ni lui être enlevées par le père lui-même, ni être vendues ou autrement poursuivies par les créanciers du père, et qu'après la mort de ce dernier, le fils ne les partage pas avec ses frères, mais les garde en propre, bien que d'après le droit civil les pécules des enfants en puissance comptent dans les biens du père comme les pécules des esclaves dans les biens du maître, excepté toutefois les choses qui, d'après les saintes constitutions et surtout d'après les nôtres, échappent pour diverses causes à l'acquisition du père. Donc, le fils de famille qui n'a pas de pécule *castrense* ou *quasi castrense*, et qui teste néanmoins, fait un testament

§ 1. — Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent; nec ad rem pertinet, si impubes, postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit. Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur; certe eo quod ante furorem fecerint testamento valente; nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.

§ 2. — Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; sed id quod ante fecerit quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est.

§ 3. — Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit; nam et mutus is intelligitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe autem etiam litterati et eruditi homines variis causis et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis, secundum normam ejus, possint testari, aliaque facere quæ eis permissa sunt. Sed si quis, post testamentum factum, adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus inutile, quand même il mourrait *sui juris*.

Ne peuvent pas non plus tester, les impubères, parce qu'ils n'ont aucun discernement; les fous, parce que l'intelligence leur manque, et il n'importe que plus tard l'impubère devienne pubère, ou que le fou meure ayant recouvré la raison. Quant aux fous, s'ils testent dans leurs intervalles de lucidité, ils testent valablement. Et à coup sûr le testament par eux fait avant la survenance de leur folie reste valable; car ni les testaments réguliers, ni les autres actes valablement faits ne sont annulés par une folie postérieure.

De même le prodigue, à qui l'administration de ses biens a été interdite, ne peut pas tester; mais le testament fait avant son interdiction demeure valable.

Pareillement, le sourd et le muet ne peuvent pas toujours tester. Mais nous ne parlons que du sourd qui n'entend pas du tout, non de celui qui entend mal; et de même, on ne répute muet que celui qui ne peut pas du tout parler, non celui qui parle difficilement. Souvent, en effet, des hommes même lettrés et instruits perdent par diverses causes l'ouïe et la parole. Aussi notre constitution leur est-elle venue en aide, en décidant que dans certains cas et de certaines manières, selon les règles qu'elle a posées, ils pourront tester et faire les autres actes qui leur sont permis. Que si, après avoir testé, quelqu'un,

nus ejus permanet testamentum.

par suite de maladie ou de tout autre accident, devient muet ou sourd, son testament reste néanmoins valable.

§ 4. — Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem quam lex divi Justini patris mei introduxit.

Mais l'aveugle ne peut tester qu'en observant les règles introduites par la loi du divin Justin mon père.

§ 5. — Ejus qui apud hostes est testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

Quant au captif, le testament qu'il a fait chez les ennemis ne vaut pas, bien qu'il revienne. Mais celui qu'il a fait étant encore dans la cité, vaut, s'il revient, par le droit de *postliminium*, et, s'il meurt en captivité, grâce à la loi Cornélia.

326. En se plaçant à l'époque classique, on peut dire que, pour être capable de tester, il faut satisfaire aux cinq conditions suivantes :

1° Il faut n'être pas incapable de figurer dans un acte juridique quelconque : donc ne peuvent tester ni les fous dans leurs moments non lucides (Ulp., XX § 13), ni les captifs, tant que dure leur captivité (L. 8 pr., *Qui test. fac. poss.*). Il est même remarquable que le *postliminium*, n'allant pas jusqu'à effacer les faits accomplis, par conséquent ne pouvant rendre rétroactivement au captif l'exercice personnel de ses droits, ne valide jamais le testament fait *apud hostes* (n° 42).

2° Il faut être *sui juris*, parce que telle est la condition nécessaire pour avoir des *sacra* et un patrimoine. Donc ni les esclaves, ni les fils de famille, ni les personnes *in manu* ou *in mancipio*, ne peuvent tester, pas même avec la permission ou par l'ordre de celui qui les a en sa puissance (L. 6 pr., *Qui test. fac. poss.*). Par exception, Adrien concéda le droit de tester au fils de famille propriétaire d'un pécule *castrense* (pr., *sup.*) (1), et le même droit est reconnu par Ulpien (XX § 16) aux *servi publici populi Romani*, mais seulement pour la moitié de leurs biens (n° 41). Ces deux exceptions prouvent, l'une par son apparition tardive, l'autre par la restriction qu'elle comporte, que les Romains avaient oublié le motif de l'incapacité des personnes *alieni juris* et regardaient le droit de tester comme une sorte de privilége qui

(1) Antérieurement à Adrien, la faculté de tester *de peculio castrensi* n'était qu'un des nombreux priviléges des militaires. Elle n'appartenait donc pas au fils de famille qui avait reçu son congé définitif (pr. *sup.*).

doit être expressément accordé par la loi. Une bonne logique aurait voulu, en effet, que l'aptitude à être propriétaire eût pour corollaire constant le droit de tester. Mais les Douze Tables ne donnaient ce droit qu'au *paterfamilias* (page 798, note 1). On s'en tint à la lettre.

3° Il faut avoir la capacité juridique de figurer dans une mancipation à titre d'aliénateur (1). Donc ne peuvent tester : ni les pérégrins qui n'ont pas obtenu la concession du *commercium* (2); ni les prodigues interdits, car ils ne conservent le *jus commercii* qu'à l'effet d'acquérir (Ulp., XX § 13); ni les femmes en tutelle qui ne seraient pas autorisées de leur tuteur (Ulp., XX § 15) (3).

4° Il faut être capable d'accomplir matériellement et de comprendre les solennités dont se compose le testament *per æs et libram*. Donc seront incapables : les sourds, car ils n'entendraient pas les paroles prononcées par le *familiæ emptor;* les muets, car ils ne pourraient prononcer les paroles de la *nuncupatio testamenti* (Ulp., XX § 13); enfin, les aveugles, sans doute parce qu'il leur serait impossible de vérifier le caractère de l'acte par eux présenté aux témoins (4).

5° Il faut n'être déclaré incapable par aucune loi spéciale. De là l'incapacité déjà expliquée des Latins Juniens (n° 63), et celle des *intestabiles* (L. 18 § 1, *Qui test. fac. poss.* — Page 802, note 1).

En dehors des incapacités déduites des cinq règles précédentes, je n'ai plus à signaler que celle des impubères, fondée sur l'insuffisance et le peu de maturité de leur jugement (Ulp., XX § 12) (5).

(1) Dans le droit primitif, c'est l'aptitude à figurer dans les comices qui était nécessaire, ce qui devait emporter exclusion absolue des pérégrins, des femmes, des impubères, et probablement aussi des sourds et des muets.

(2) Toutefois les pérégrins qui ont une *certa civitas* peuvent tester selon le droit propre à leur cité (Ulp., XX § 14. — N° 49).

(3) J'ai déjà dit que jusqu'au règne d'Adrien aucune femme, à l'exception des vestales, ne pouvait tester sans avoir subi une *capitis deminutio* (n° 121).

(4) Cependant les aveugles testaient valablement dans la forme nuncupative (L. 8, C., *Qui test. fac. poss.*). Un texte de Paul (III, 4 § 4) semble même leur reconnaître d'une manière absolue la faculté de tester. Mais le motif donné par le jurisconsulte ne s'applique qu'au testament nuncupatif.

(5) Justinien (§ 1 *sup.*) a tort de fonder l'incapacité des impubères sur un défaut complet de discernement; ce motif ne s'applique qu'aux *infantes*, et, si l'on veut, aux *infantiæ proximi*. — Du reste, on a prétendu, d'après un passage de Gaius (II, § 113), qu'en cette matière la puberté des hommes fut fixée sans discussion à l'âge de quatorze ans. Je n'en crois rien. Car il résulterait de là, chose tout à fait invraisemblable, que les Proculiens auraient pu reconnaître la capacité de tester à des individus encore en tutelle, et réciproquement la refuser à des individus sortis de tutelle. J'ajoute qu'un texte d'Ulpien (L. 5, *Qui test. fac. poss.*) s'exprime à cet égard en des termes (*verius est*) que les jurisconsultes n'emploient

Que si maintenant on recherche ce que toutes ces incapacités sont devenues dans le droit de Justinien, voici quatre modifications importantes : 1° il n'est plus question ni de *manus*, ni de *mancipium*, ni de femmes pubères en tutelle, ni de Latins Juniens. Voilà donc quatre incapacités à retrancher; 2° l'empereur Justin permit aux aveugles de tester, à condition que leur testament fût écrit ou lu à haute voix, en présence des sept témoins réglementaires, soit par un *tabularius*, soit, dans les localités où cet officier public manquerait, par un huitième témoin (§ 4 *sup.* — L. 8, C., *Qui test. fac. poss.*, VI, 22); 3° Justinien décida que les sourds pourraient tester comme tout le monde (1); que le muet et le sourd-muet qui sauraient écrire le pourraient aussi (2). L'incapacité se trouva donc restreinte aux sourds-muets de naissance (§ 3 *sup.* — L. 10, C., *Qui test. fac. poss.*); 4° ce même prince permit aux fils de famille de tester *de peculio quasi castrensi* (§ 6 *sup.*) (3).

Donc, en résumé, restent incapables sous Justinien : 1° les fous (§ 1 *sup.*); 2° les captifs (§ 5 *sup.*); 3° les esclaves; 4° les fils de famille qui n'ont pas de biens *castrensia* ou *quasi castrensia* (pr. *sup.*); 5° les pérégrins; 6° les prodigues interdits (§ 2 *sup.*); 7° les sourds-muets de naissance (§ 3 *sup.*); 8° les *intestabiles;* 9° les impubères (§ 1 *sup.*).

A ces incapacités conservées du droit ancien, il faut joindre, dans le dernier état de la législation, celles que l'intolérance religieuse avait introduites. Elles atteignent : 1° les apostats (L. 3, C., *De apost.*, I, 7); 2° plusieurs sectes hérétiques, notamment les manichéens, que les empereurs chrétiens paraissent poursuivre d'une haine toute particulière (L. 4, C., I, 5) (4).

327. Reste à faire trois observations relativement à l'application des règles sur la capacité de tester : 1° cette capacité est requise au moment même de la confection du testament; 2° il ne suffit pas que le

que lorsqu'ils ont à prendre parti sur une question controversée. Si donc Gaius ne rappelle pas ici la controverse déjà exposée (n° 82), c'est qu'il juge suffisant de s'en être expliqué une fois.

(1) C'est donc à tort qu'il a fait entrer dans les Pandectes des textes où le testament du sourd est tenu pour nul (L. 9 § 1, *Unde cogn.*, XXXVIII, 8).

(2) Déjà dans l'ancien droit les sourds et les muets pouvaient obtenir de l'empereur le droit de tester (L. 7, *Qui test. fac. poss.*).

(3) Ce texte des Institutes constate qu'antérieurement cela était déjà permis à certains fils de famille (n° 297 *in fine*).

(4) Cette constitution appartient aux empereurs Honorius et Théodose le Jeune Les manichéens et les autres hérétiques auxquels elle se réfère sont punis de mort et soumis à la confiscation générale de leurs biens.

testateur soit capable, il faut que sa capacité lui soit connue de la manière la plus certaine. Ainsi un esclave, affranchi par le testament de son maître et devenu libre par l'adition de l'héritier, ne peut pas encore tester s'il ignore que l'adition est faite. Ainsi encore, un père de famille mourant en voyage, son fils ne testera valablement qu'au jour où il connaîtra le décès qui l'a rendu *sui juris* (LL. 14 et 15, *Qui test. fac. poss.* — Ulp., XX § 11); 3° le testament reste valable malgré la survenance postérieure d'une incapacité, pourvu qu'elle ne concoure pas avec une *capitis deminutio*. Cette dernière règle s'applique notamment au testateur qui serait plus tard atteint de folie ou interdit pour prodigalité (§§ 1, 2 et 3 *sup*). Mais elle ne s'applique pas à celui qui serait fait prisonnier. Celui-ci, en effet, ou revient, ou meurt chez l'ennemi : dans le premier cas, son testament est confirmé par le *jus postliminii;* dans le second cas, il est validé par la fiction de la loi Cornélia *de falsis* qui répute le prisonnier mort au moment même où il a perdu sa liberté, de sorte que juridiquement il n'a jamais été incapable (§ 5 *sup.* — Ulp., XXIII § 5) (1).

DE LA CAPACITÉ DE L'INSTITUÉ.

SOMMAIRE : I. Des personnes incapables d'être instituées. — II. Développements spéciaux sur l'institution des esclaves. — III. Distinction entre la capacité d'être institué et le *jus capiendi*.

I. — DES PERSONNES CAPABLES D'ÊTRE INSTITUÉES.

Lib. II, tit. XIV, *De heredibus instituendis*, § 12. — Ii quos nunquam

Un testateur peut instituer héritiers ceux qu'il n'a jamais vus, par

(1) La loi Cornélia, rendue en l'an de Rome 673, punissait le faux commis relativement au testament du captif, sans distinguer si celui-ci revenait ou non. De là les jurisconsultes conclurent que ce testament valait dans tous les cas, car l'altération d'un acte nul ne constitue pas un faux; or, en l'absence de *postliminium*, un pareil résultat leur parut ne pouvoir s'expliquer logiquement que par la fiction que j'ai analysée, et qu'ils appelèrent *fictio legis Corneliæ*. L'expression se trouve dans plusieurs textes (L. 1, C., *De postlim.*, VIII, 51. — L. 18 pr., *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2. — L. 15 pr., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3). On dit aussi *beneficium legis Corneliæ* (L. 5, C., *Quib. ex caus. maj.*, II, 54). J'ai déjà fait remarquer que cette fiction ou ce bénéfice, qui n'eut d'abord d'autre but que d'expliquer la validité du testament de l'homme mort *apud hostes*, finit par être généralisée et appliquée en toutes matières (n° 118 et page 272, note 3). Les textes nous en offrent des applications nombreuses (Inst., § 5, *Quib. mod. jus pot. solv.*, I, 12. — L. 32 § 14, *De don. int. vir.*, XXIV, 1. — L. 10 pr., *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 12, *Qui test. fac. poss.*,

testator vidit, heredes institui possunt, veluti si fratris filios peregre natos, ignorans qui essent, heredes instituerit; ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

Lib. II, tit. XX, *De legatis* § 28. — Postumus autem alienus heres institui et antea poterat, et nunc potest, nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.

exemple les enfants nés de son frère en pays étranger, encore qu'il ne sache pas qui ils sont. Car l'erreur de celui qui teste n'annule pas une institution.

Mais autrefois déjà le posthume externe pouvait être institué, et il le peut encore, à moins que le mariage ne nous soit interdit avec la femme qui le porte.

328. Dans le droit classique, la règle générale, déduite de la forme même du testament *per æs et libram*, doit être posée en ces termes : Ne peuvent être instituées que les personnes capables d'acquérir du testateur, soit pour elles-mêmes, soit pour autrui, par voie de mancipation. Très-logiquement, cette règle eût exclu les fous, les *infantes*, les sourds, les muets, les captifs, les esclaves du testateur; et peut-être, en effet, l'incapacité de ces personnes fut-elle admise tant que le rôle de *familiæ emptor* demeura réservé à l'héritier (1) : mais plus certainement encore, il n'en est pas question à l'époque classique. Les seules personnes restées incapables en vertu de la règle précédente sont : 1° les pérégrins, à moins qu'ils n'aient obtenu le *jus commercii* (Ulp., XXII § 2. — Gaius, I, § 25); 2° les esclaves sans maître, car l'esclave n'a jamais qu'une capacité d'emprunt (n° 41); 3° pour la même raison, les esclaves dont le maître ne pourrait pas être institué par le testateur (L. 31 pr., *De hered. inst.*, XXVIII, 5); 4° les *personæ incertæ* (Ulp., XXII § 4). Par personnes incertaines il faut entendre, non pas celles que le testateur n'a jamais vues (§ 12 *sup.*) (2), mais celles dont il lui est impossible de se faire une idée nette. Telle serait par exemple la personne instituée en ces termes : *que celui qui viendra le premier à*

XXVIII, 1. — L. 10 pr., § 1, *De capt.*, XLIX, 15). Cependant Ulpien, qui constate lui-même cette généralisation (L. 18, *De capt.*), relève ailleurs une impropriété de langage dans l'emploi de l'expression *hereditas* appliquée au patrimoine du citoyen mort en captivité (L. 3 § 1, *De verb. sign.*, L, 16).

(1) Alors aussi, les *intestabiles* devaient être incapables d'être institués. Car Ulpien dit qu'ils ne peuvent pas *ad testamentum adhiberi* (L. 18 § 1, *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1). Cette incapacité disparut sans doute après la transformation du testament *per æs et libram.*

(2) Pourtant ces personnes durent être incapables dans la première phase du testament *per æs et libram;* car le testateur ne pouvait pas manciper son patrimoine à un individu absent.

mes funérailles ou *que celui qui donnera sa fille en mariage à mon fils soit mon héritier* (Inst., § 25, *De leg.*, II, 20) (1). Parmi les personnes incertaines, il y en a deux catégories dont l'incapacité présente une importance pratique toute particulière : ce sont les posthumes, c'est-à-dire les individus nés soit après la mort du testateur, soit dans l'intervalle qui sépare sa mort de la confection du testament, et les personnes morales (2). Mais l'application absolue de la règle à ces deux sortes de personnes parut d'une rigueur exagérée, et le droit civil lui-même y apporta les restrictions suivantes : 1° entre les posthumes il distingua, comme je l'expliquerai bientôt (n° 338), celui qui, en le supposant né au jour de la confection du testament, se trouverait sous la puissance du testateur (*postumus suus*), et celui qui dans la même hypothèse ne s'y trouverait pas (*postumus extraneus* ou *alienus*); l'institution du premier fut permise, non celle du second; 2° un sénatus-consulte admit l'institution des municipes par leurs affranchis (Ulp., XXII § 5. — L. 1 § 1, *De lib. univ.*, XXXVIII, 3), et il est fort probable qu'une capacité absolue fut accordée à quelques cités ou colonies, soit par le sénat, soit par les princes (L. 30, *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6. — L. 25 § 1, *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2. — Gaius, II, § 195); 3° cette pleine capacité fut reconnue à plusieurs divinités (Ulp., XXII § 6), c'est-à-dire, en réalité, à certains colléges de prêtres ou à certains temples.

Outre les incapacités qui découlent régulièrement du principe général, il en avait été créé une toute spéciale par la loi Voconia rendue en l'an de Rome 586 (3). Cette loi, voulant empêcher l'enrichissement

(1) Une personne n'est pas réputée incertaine, lorsque, sans être désignée individuellement, elle est choisie *sub certa demonstratione*, c'est-à-dire dans un ensemble de personnes dont le testateur peut se faire une idée précise. On tient donc pour valable l'institution ainsi conçue, *que celui de mes cognats actuels qui épousera ma fille soit mon héritier* (Inst., § 25, *De leg.*, II, 20. — Gaius, II, § 238). Le cognat ainsi institué est une *incerta persona ex certis personis.*

(2) Ulpien (XX § 5) signale un second motif pour prohiber l'institution des personnes morales : c'est qu'elles ne pourraient faire ni *cretio*, ni acte de gestion *pro herede*, de sorte que, quoique instituées, elles resteraient forcément et toujours étrangères à l'hérédité.

(3) Cette loi n'est qu'un plébiscite (Aul.-Gell., XX, 1, n° 23). Cicéron la présente comme injurieuse pour les femmes et exclusivement conçue dans l'intérêt des hommes (*De rep.*, III, 10). Caton l'Ancien, qui avait un goût décidé pour toutes les mesures restrictives, ne manqua pas de l'appuyer comme il avait fait la loi Cincia (Tit.-Liv. XLI, *Epitome*). Du discours qu'il prononça à cette occasion, Aulu-Gelle (XVII, 6) nous a conservé quelques lignes qui font bien ressortir le but du législateur. Ai-je besoin d'ajouter que la loi Voconia atteste déjà un commencement

excessif des femmes, afin de les maintenir dans un état de subordination et de dépendance que les vieux Romains considéraient comme une condition de l'ordre social, défendit qu'elles fussent instituées par un testateur dont la fortune constatée par les opérations du cens serait égale ou supérieure à cent mille as (Gaius, II, § 274) (1).

329. De toutes ces incapacités, quelles sont celles qui subsistent encore sous Justinien? Les trois premières seulement. La loi Voconia avait disparu, sans abrogation formelle, par l'effet lent du changement des mœurs. Quant aux personnes incertaines, c'est Justinien lui-même qui abrogea d'une manière générale leur incapacité (Inst., § 27, *De leg.*, II, 17. — L. unic., C., *De inc. pers.*, VI, 48). Mais en cela, qu'on le remarque bien, il ne faisait que consacrer et compléter une série de réformes antérieures. En effet, le préteur avait admis la validité de l'institution des posthumes externes, et, à défaut du titre d'hé-

d'abandon de la *manus* et un certain déclin de la tutelle des femmes? Car on n'eût pas songé à limiter leur droit d'acquérir, alors que les unes ne pouvaient être propriétaires, ni les autres disposer de leur fortune.

(1) Cette loi donne lieu à plusieurs observations ou questions d'une certaine importance : 1° elle ne s'applique pas à tout citoyen dont la fortune est égale à 100 000 as; il faut encore que ce chiffre ait été constaté par le cens (Cic., 2a *act. in Verr.*, I, 41 et 43). Mais comment concevoir qu'une telle constatation fasse défaut? De deux manières : la fortune du testateur peut n'avoir atteint 100 000 as que depuis le dernier cens; il peut aussi avoir fait une déclaration mensongère ou même n'en avoir fait aucune; 2° la défense d'instituer une femme emporte-t-elle défense de lui laisser des legs? L'affirmative me paraît certaine, au moins comme règle générale; car en principe le légataire doit avoir la *factio testamenti* avec le testateur, et d'ailleurs Cicéron nous dit d'une manière assez significative que la loi Voconia avait statué *de mulierum legatis et hereditatibus* (*De rep.*, III, 10); 3° les interpretes se demandent si le principe de la loi Voconia s'appliquait même à la fille du testateur. L'affirmative paraît bien résulter de deux passages déjà cités de Cicéron (2a *act. in Verr.*, I, 41 et 43), et saint Augustin (*De civ. Dei*, III, 21) la confirme en disant que d'après la loi Voconia le père de famille ne peut pas instituer même sa fille unique. Ces témoignages n'étant contredits par aucun texte, il est difficile de les rejeter; 4° néanmoins un passage de Cicéron (*De fin.*, II, 17) prouve avec évidence que la loi Voconia n'empêche pas le testateur de laisser une part de ses biens à sa fille. Quelle part? nous l'ignorons. Tout ce que je tiens à dégager, c'est qu'en admettant qu'il ne puisse pas du tout l'instituer, il peut néanmoins, par dérogation aux principes généraux, lui faire des legs; car à l'époque de Cicéron, il n'y avait pas d'autres façons de disposer de ses biens par testament que l'institution et le legs; 5° s'il est vrai que d'après la loi Voconia le père de famille ne puisse pas même instituer sa fille, comment expliquer qu'elle conserve le droit de lui succéder *ab* intestat? Il faut se rappeler ici ce que j'ai dit et démontré précédemment, savoir que les femmes qui ont recueilli la succession légitime de leur père sont les seules qui tombent sous la tutelle de leurs agnats (n° 164). Or cette tutelle leur lie les mains, puisqu'elles ne peuvent ni aliéner aucune *res mancipi*, ni s'obliger, ni tester sans y

ritier qu'il ne pouvait leur conférer, il leur donnait la *bonorum possessio secundum tabulas* (Inst., pr., *De bon. poss.*, III, 9) (1). D'autre part, en l'année 469, l'empereur Léon avait accordé à toutes les cités de l'empire le droit d'être instituées (L. 12, C., *De hered inst.*, VI, 24). Enfin, le christianisme, devenu religion de l'État, avait tué la personnalité des anciens dieux et de tous les établissements religieux du paganisme, et il ne paraît pas que la capacité des établissements ecclésiastiques qui les remplacèrent eût jamais été contestée (2). Justinien n'innovait donc, en réalité, qu'à l'égard des personnes incertaines autres que les posthumes, les cités et les établissements religieux.

Au surplus, sous l'influence chrétienne, de nouvelles incapacités fort peu justifiables avaient été créées. Elles frappèrent : 1° les apostats (L. 3, C., *De apost.*, I, 7); 2° les hérétiques (L. 4 § 2, C., *De heret.*, I, 5); 3° les enfants de la personne condamnée pour lèse-ma-

être autorisées par leurs tuteurs, et que ceux-ci ont toute liberté de refuser leur autorisation (n° 165). Tout au contraire, quand une femme n'a succédé à son père que par testament, au lieu d'obéir à ses tuteurs, elle les a sous ses ordres, puisqu'elle se fait autoriser bon gré malgré, pour toute espèce d'actes. Les agnats, qui sont ses héritiers présomptifs, ne peuvent donc pas ici, comme dans la précédente hypothèse, se protéger eux-mêmes, et voilà pourquoi la loi les protége directement en défendant au père d'instituer sa fille; 6° jusqu'à quand subsista la loi Voconia? Gaius la présente comme étant encore en vigueur de son temps, tandis que d'après son contemporain Aulu-Gelle (XX, 1 § 22), elle était déjà tombée en désuétude (*obliterata*). Rien de plus facile à concilier que ces deux assertions : le texte même de Gaius nous apprend, en effet, que le testateur de la première classe pouvait laisser des fidéicommis à une femme. Il avait ainsi un moyen aisé d'éluder la prohibition de la loi Voconia : il lui suffisait d'instituer un tiers en le priant de restituer à telle femme. Or, sans doute Aulu-Gelle, qui n'est pas jurisconsulte, ne s'attache qu'à ce résultat, et il ne fait pas attention qu'il y a, même au point de vue pratique, d'importantes différences entre celui qui recueille à titre d'héritier et celui qui recueille comme fidéicommissaire.

(1) Justinien, sans doute parce qu'il confond le droit civil et le droit prétorien, se contredit en affirmant (§ 28 *sup.*) que même dans le droit antérieur l'institution du posthume externe était admise. Du reste, il ajoute que nous n'instituons pas valablement le posthume conçu d'une femme que nous ne pourrions épouser, c'est-à-dire évidemment notre enfant adultérin ou incestueux. C'est ce que décidait déjà le droit prétorien (L. 9 §§ 1 et 3, *De lib. et post.*, XXVIII, 2). Mais de là on doit se garder de conclure que l'enfant adultérin ou incestueux ne pût pas, une fois né, être institué par son père; il le pouvait comme tout autre étranger, puisque alors le testateur n'avait pas besoin d'exprimer la qualité de l'institué et partant la cause honteuse de l'institution.

(2) Justinien va jusqu'à permettre d'instituer le Christ, les archanges et les martyrs, comme si c'étaient là des personnes juridiques. Il constate que ces institutions n'étaient pas rares dans la pratique, et il détermine minutieusement quels seront les établissements appelés à en profiter (L. 26, C., *De sacros. eccl.*, I, 2).

jesté (L. 5 § 1, C., *Ad leg. Jul. majest.*, IX, 8); 4° les veuves qui s'étaient remariées avant l'expiration d'une année (n° 97) (1).

II. — DÉVELOPPEMENTS SPÉCIAUX SUR L'INSTITUTION DES ESCLAVES.

Lib. I, tit VI, *Qui quibus ex causis manu mittere non possunt*, § 2. — Idemque juris est, et si sine libertate servus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex ea scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur; quum non est verisimile eum quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse et neminem sibi heredem fore.

Et la règle est la même, encore que l'esclave ait été institué héritier sans le don de la liberté, ce que notre constitution a établi non-seulement quand le maître n'est pas solvable, mais d'une manière générale et par un motif d'humanité nouveau, de telle sorte que l'institution elle-même soit réputée contenir la liberté; car il n'est pas vraisemblable que, pour avoir négligé d'affranchir expressément celui qu'on institue, on ait entendu le laisser esclave et n'avoir pas d'héritier.

Lib. II, tit. XIV, *De heredibus instituendis*, pr. — Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos, et tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem, secundum plurium sententias, non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. Hodie vero etiam sine libertate, ex nostra constitutione, heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum ha-

Nous pouvons instituer héritiers soit des hommes libres, soit des esclaves, et aussi bien les nôtres que ceux d'autrui. Quant à nos propres esclaves, autrefois, selon l'opinion du plus grand nombre, il n'était permis de les instituer qu'en leur donnant la liberté. Aujourd'hui, d'après notre constitution, il est permis de les instituer même sans leur donner la liberté. Et ce n'est pas là une idée vraiment nouvelle; mais nous avons décidé ainsi, parce que cela était plus juste, et que telle était déjà l'opinion d'Atilicinus, rapportée par Paul dans ses commentaires sur Masurius Sabinus et sur Plautius. Au surplus, on répute esclave du testateur celui-là même dont il n'a

(1) Non-seulement ces personnes sont déclarées incapables de recueillir *ex testamento;* mais celles des trois premières classes sont exclues de toute succession légitime, et celles de la quatrième ne succèdent pas au delà du troisième degré.

bente. Est tamen casus in quo nec cum libertate utiliter servus a domino heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt : « Servum adulterio maculatum non » jure testamento manumissum » ante sententiam ab ea muliere » videri, quæ rea fuerat ejusdem » criminis postulata, rationis est; » quare sequitur ut in eumdem a » domina collata institutio nullius » momenti habeatur (1). » Alienus servus etiam is intelligitur in quo usumfructum testator habet.

que la nue-propriété et dont un autre a l'usufruit. Il y a pourtant un cas où, même en lui laissant la liberté, une femme n'institue pas utilement son esclave, ainsi que le décide une constitution des divins Sévère et Antonin, dont voici le texte : « La raison veut que l'es- » clave souillé d'adultère ne puisse » pas avant la sentence être affran- » chi par le testament de la femme » accusée de complicité avec lui; » d'où il suit que la femme dont » il est la propriété ne l'institue » pas valablement. » Mais on répute esclave d'autrui celui-là même dont le testateur n'a que l'usufruit.

§ 1. — Servus autem a domino suo heres institutus, si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber heresque necessarius; si vero a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest, quia non fit necessarius, quum utrumque ex domini testamento non consequitur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres; nam ipse alienatus neque liber neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit; destitisse enim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet : si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post

Si l'esclave affranchi par son maître demeure dans la même condition, il devient en vertu du testament libre et héritier nécessaire; si au contraire il a été affranchi par le testateur vivant, il peut faire adition librement, parce qu'il ne devient pas héritier nécessaire, ne devant pas les deux choses, l'hérédité et la liberté, au testament de son maître. Que s'il a été aliéné, il doit faire adition par l'ordre de son nouveau maître, et de cette façon le maître devient héritier par lui, car lui-même ayant été aliéné, ne peut être ni libre ni héritier, bien qu'institué avec la liberté; en effet, en l'aliénant, son ancien maître a renoncé à lui donner la liberté. Quant à l'esclave d'autrui institué héritier, s'il ne change pas de condition, il doit faire adition par

(1) Ce rescrit a déjà été expliqué (nº 73).

mortem ejus antequam adeat, debet jussu novi domini adire; at si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest (Gaius, II, §§ 188 et 189).

l'ordre de son maître; que s'il a été aliéné, soit du vivant du testateur, soit après sa mort, il doit faire adition par l'ordre de son nouveau maître; enfin, s'il a été affranchi du vivant du testateur, ou même après sa mort, mais avant l'adition, il peut la faire à sa volonté.

§ 2. — Servus autem alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio; nondum enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti, quum etiam ejus qui in utero est servus recte heres instituitur.

Mais l'esclave d'autrui est valablement institué héritier même après la mort de son maître, parce que nous pouvons instituer les esclaves héréditaires; en effet, l'hérédité dont l'adition n'est pas encore faite représente une personne, non celle de l'héritier futur, mais celle du défunt, puisque nous instituons valablement l'esclave dont le maître n'est encore que conçu.

§ 3. — Servus plurium cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres, unicuique dominorum cujus jussu adierit, pro portione dominii adquirit hereditatem.

Si un tiers institue héritier l'esclave de plusieurs personnes qu'il pourrait instituer elles-mêmes, cet esclave acquiert l'hérédité pour tous les maîtres qui lui ont donné l'ordre de faire adition, proportionnellement à leur droit de propriété.

330. *De l'institution d'un esclave par son propre maître.* — Dans le droit classique, cette institution exige, à peine de nullité, trois conditions : 1° il faut qu'un affranchissement immédiat de l'esclave par le testateur soit légalement possible (pr. *sup.*); 2° il faut que cet affranchissement doive le rendre citoyen romain. Car, Latin, il ne recueillerait pas; déditice, il n'aurait pas même la *factio testamenti* (Ulp., XXII § 8) (1); 3° il faut enfin que le testateur lui lègue expressément la liberté (Gaius, II, §§ 186 et 187). Sous Justinien, ces deux dernières conditions disparaissent, l'une par voie de conséquence de la suppression des Latins

(1) On a déjà vu (n. 72) que ces deux conditions fléchissent lorsque l'obstacle à l'acquisition de la liberté ou du droit de cité dérive de la loi Ælia Sentia et que le maître est insolvable.

et des déditices; l'autre, par une abrogation formelle dont le motif est que qui institue son esclave entend évidemment lui donner la liberté, sans laquelle cette institution ne lui servirait à rien (§ 2 et pr. *sup.*). Désormais donc le maître institue valablement son esclave par cela seul qu'il pourrait le rendre libre (1).

Pour déterminer les effets de cette institution, il faut, en la supposant pure et simple ainsi que l'affranchissement, se placer au décès du testateur. L'esclave est-il demeuré *in eadem causa :* il devient immédiatement libre et est héritier nécessaire (n° 344). A-t-il été affranchi : il est héritier externe et choisit librement entre l'adition et la répudiation. A-t-il été aliéné : il est encore héritier externe ; mais restant esclave, il ne peut faire adition que par l'ordre et pour le compte de son nouveau maître (§ 1 *sup.*). Que si l'affranchissement et l'institution ont été l'un et l'autre subordonnés à une condition, ces résultats ne se produisent au jour du décès du testateur qu'autant que la condition est déjà réalisée ; si elle est encore pendante, ils demeurent eux-mêmes en suspens jusqu'à ce qu'elle défaille ou qu'elle arrive (2).

331. *De l'institution des esclaves d'autrui.* — La règle est que, pour instituer valablement l'esclave d'autrui, il suffit de pouvoir insti-

(1) Par une conséquence de ce principe, il peut, dans le droit de Justinien, instituer l'esclave dont il n'a que la nue propriété. Si les Institutes en font la remarque expresse (pr. *sup.*), c'est sans doute par allusion au droit antérieur dans lequel cette institution était impossible, puisque l'esclave affranchi par le nu propriétaire devenait *servus sine domino* (n° 68). Du reste, même dans le droit de Justinien, il faut toujours que le maître ait la volonté d'affranchir l'esclave; et de là la nullité de l'institution *quum liber erit* (LL. 21 et 22, *De cond. inst.*, XXVIII, 7).

(2) Voici deux hypothèses qui présentent quelques particularités : 1° L'affranchissement est pur et simple et l'institution conditionnelle. — Si la condition est encore pendante au décès du testateur, on admet que l'esclave, quoique affranchi *pure*, ne devient pas immédiatement libre, et cela parce que l'événement ultérieur de la condition pourrait bien alors le rendre héritier, mais non pas, comme l'a voulu le défunt, héritier nécessaire. Donc de deux choses l'une : ou plus tard cette condition s'accomplit, et à l'instant même il devient libre et héritier nécessaire; ou elle défaut, et tout se passe comme s'il n'avait reçu que la liberté, c'est-à-dire qu'il devient effectivement libre pourvu que le testament contînt une autre institution qui ait produit ses effets (L. 21 § 2; L. 22, *De hered. inst.*). 2° L'affranchissement est conditionnel et l'institution pure et simple. — Bien évidemment si l'esclave reste *in eadem causa*, il ne deviendra héritier qu'autant que la condition s'accomplira. Mais que le maître vivant l'affranchisse ou l'aliène, et une distinction devra être faite : si à ce moment la condition est déjà défaillie, l'institution s'évanouit sans retour. Si la condition est encore pendante, l'institution est désormais assimilée à celle qui aurait été faite en faveur d'un *servus alienus*, et en conséquence elle subsistera nonobstant la défaillance ultérieure de la condition apposée à l'affranchissement (L. 38 §§ 2 et 3, *De hered. inst.*).

tuer le maître lui-même (Ulp., XXII § 9). Mais qui est-ce qui profitera de l'institution? C'est ce que l'on ne peut savoir qu'au jour de l'adition. Si à ce moment l'esclave est devenu libre, il acquiert pour lui-même. S'il est encore esclave, soit qu'il ait ou non changé de maître, il ne peut faire adition que par l'ordre et pour le compte de son maître actuel (§ 1 *sup.*) (1). Par où l'on voit que, si l'institution d'un *servus alienus* peut donner le même résultat pratique que l'institution du maître, elle peut aussi donner un résultat tout différent, puisque la chance de recueillir l'hérédité, au lieu d'être fixée sur la tête d'une personne déterminée, se déplace avec la propriété de l'esclave (*ambulat cum dominio*, L. 2 § 9, *De bon. poss. sec. tab.*, XXXXII, 11) (2).

Il faut envisager spécialement l'institution d'un esclave commun, celle d'un esclave héréditaire, celle d'un esclave appartenant à un captif.

1° *Institution d'un esclave commun.* — Elle est valable par cela seul que le testateur pouvait instituer l'un des copropriétaires. Quant aux bénéfices et aux charges de l'hérédité, ils se partagent, selon le droit commun, entre tous ceux par l'ordre desquels l'esclave a fait adition (§ 3 *sup.*). Mais la question se complique, si l'on suppose que parmi les copropriétaires figure le testateur lui-même. Ici, il peut à son choix considérer l'esclave comme sien et l'instituer *cum libertate*, ou le considérer comme *servus alienus* et l'instituer *sine libertate*, (Ulp., XXII § 10). Institué *cum libertate*, l'esclave sera *heres necessarius*, si le testateur a acquis les parts de ses copropriétaires depuis la confection du testament, et les a conservées jusqu'à son décès (L. 6 § 3, *De hered. inst.*). Ce cas excepté, que l'institution ait été faite *cum*

(1) Il faut excepter le cas où cet esclave serait la propriété du testateur au jour du décès. Ici l'institution s'évanouirait, bien que faite *cum libertate;* et le legs de liberté ne produirait aucun effet, comme ayant été nul dès le principe (L 49 pr., *De hered. inst.*, XXVIII, 5).

(2) Des décisions analogues s'appliquent à l'institution d'un *filiusfamilias alienus.* Pour savoir qui en profite, il faut distinguer s'il est devenu *sui juris* avant l'adition, s'il est resté sous la puissance de son père, ou s'il a passé par l'adoption sous celle d'un nouveau père. Au surplus, le testateur qui désire que l'institution ne profite qu'à l'esclave ou au fils de famille, et non pas au maître ou au père, peut la subordonner à l'une de ces conditions *quum liber erit, si emancipatus fuerit, quum sui juris factus fuerit* (L. 58, *De her. pet.*, V, 3. — L. 46, *De her. inst.*, XXVIII, 5). — J'ajoute que celui qui acquiert une hérédité par la personne placée en sa puissance n'est pas pour cela réputé institué; d'où il suit que les legs mis à sa propre charge seraient nuls (Ulp., XXIV § 21) et qu'on ne réputerait pas faite directement à son profit la substitution pupillaire ainsi conçue : *quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto* (L. 8 § 1, *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6).

ou *sine libertate*, l'esclave demeuré indivis jusqu'au décès du testateur appartient dès lors exclusivement aux autres copropriétaires, et ceux-ci peuvent acquérir l'hérédité par lui ; dans le droit de Justinien, il devient libre et héritier pour son propre compte, sauf l'indemnité due aux copropriétaires dépouillés (n° 68) (1).

2° *Institution d'un esclave héréditaire.* — Rigoureusement, cet esclave, étant *res nullius*, ne pourrait pas être institué ; s'il le peut, c'est grâce à la fiction d'après laquelle l'hérédité jacente représente une personne (L. 64, *De hered. inst.*). Et cette personne étant celle du défunt, non celle de l'héritier futur (§ 2 *sup.*), il s'ensuit que la capacité de l'esclave héréditaire n'est qu'une dépendance et une continuation de celle du défunt lui-même, et qu'en conséquence il peut être valablement institué même par un testateur avec lequel l'héritier futur n'aurait pas *factio testamenti* (L. 52, *De hered. inst.*). Par exemple, que l'institué du défunt soit un posthume sien qui n'est pas encore né ; que ce soit, s'il avait moins de cent mille as, une femme, ou, s'il était militaire, un pérégrin : l'esclave compris dans son hérédité peut être institué par moi, encore que ce posthume soit à mon égard un posthume externe, que ma fortune excède cent mille as ou que je ne sois pas militaire ; tous résultats inadmissibles si la capacité de l'esclave héréditaire s'appréciait d'après celle de l'héritier futur.

3° *Institution de l'esclave appartenant à un captif.* — Rigoureusement encore, cette institution serait nulle, attendu que les biens d'un captif sont pour le moment *res nullius*. Si on la valide, c'est à l'aide d'une double fiction. De deux choses l'une en effet : ou le captif revient, et il est réputé avoir conservé tous ses droits, donc son esclave a pu être institué comme l'esclave de tout citoyen capable. Ou, au contraire, il meurt *apud hostes*, et comme alors on le répute mort au moment même où il a été pris, son esclave a pu être institué comme tout esclave héréditaire (L. 32 § 1, *De hered. inst.*, XXVIII, 5) (2).

(1) La doctrine nouvelle de Justinien s'est glissée dans un texte du Digeste (L. 18 pr., *in fine, De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6).

(2) Rigoureusement, quand le captif lui-même a été institué et que le testateur ne lui a pas donné de cohéritier, s'il meurt *apud hostes*, la fiction qui le répute mort au début même de sa captivité aurait pour conséquence de faire réputer le testament nul *ab initio*, de sorte que le testament antérieur n'aurait pas été rompu. Je ne pense pas que cette doctrine ait été admise.

III. — DISTINCTION ENTRE LA CAPACITÉ D'ÊTRE INSTITUÉ ET LE *jus capiendi.*

332. — La *factio testamenti* ou capacité d'être institué ne doit pas être confondue avec le *jus capiendi* ou capacité de recueillir le bénéfice d'une disposition testamentaire. Nul assurément n'a le *jus capiendi* sans avoir d'abord la *factio testamenti*, mais plusieurs ont la *factio testamenti* sans avoir le *jus capiendi*. Tels sont, on l'a déjà vu (n° 63), les Latins Juniens ; tels aussi, on le verra bientôt (n° 337), les célibataires, et, dans une certaine mesure, les *orbi* et les *patres solitarii*. A la distinction de ces deux sortes de capacités s'attache un grand intérêt pratique relatif à l'époque où elles doivent être exigées de l'institué : la *factio testamenti* est requise, à peine de nullité de l'institution, au jour même de la confection du testament. Ainsi quand j'institue un posthume externe ou un pérégrin, il est dès à présent certain que l'institution ne produira jamais son effet, encore que le posthume naisse ou que le pérégrin acquière le droit de cité romaine avant ma mort (L. 49 § 1, *De hered. inst.*). Cette règle, déraisonnable en elle-même, puisque les dispositions de dernière volonté ne doivent produire leur effet qu'au décès du testateur, eut une raison d'être tant que le testament supposa une mancipation faite à l'héritier lui-même et fut en quelque sorte un contrat ; mais dans le droit classique, et à plus forte raison dans le droit de Justinien, rien ne la justifie. Quant au *jus capiendi*, jamais il ne s'apprécie au moment même de la confection du testament : il suffit que l'institué le possède, si l'institution est pure et simple, à l'époque du décès du testateur ; si elle est conditionnelle, au jour de l'événement de la condition, ou même qu'il l'acquière dans les cent jours suivants. Si donc j'institue un Latin Junien ou un célibataire, l'institution est valable, mais l'institué sera-t-il apte à recueillir? C'est ce que l'on ne pourra savoir qu'après mon décès (Ulp., XVII § 1 ; XXII § 3) (1).

De ce que l'aptitude à être institué n'implique pas possession actuelle du *jus capiendi*, deux conséquences résultent : 1° l'esclave d'une personne à qui manque seulement le *jus capiendi* peut être institué tout aussi valablement que son maître (L. 82, *De acq. vel omitt. hered.*,

(1) La même distinction doit être faite entre les personnes capables d'être appelées à un legs et les personnes capables de le recueillir.

XXIX, 2); le 2° le testament portant institution d'une personne qui est dépourvue du *jus capiendi* révoque un testament antérieur (Gaius, II, § 144).

Sous Justinien, tous ceux à qui le droit classique refusait le *jus capiendi* l'ont recouvré (n° 376); et, par suite, ce prince confond volontiers les expressions *factio testamenti* et *jus capiendi* (Inst., § 4, *De hered. qual.*, II, 19) (1).

DE L'INSTITUTION OU DE L'EXHÉRÉDATION DES *SUI HEREDES*.

SOMMAIRE : I. Théorie de l'exhérédation d'après le droit civil. — II. De l'exhérédation d'après le droit prétorien. — III. De l'exhérédation sous Justinien.

I. — THÉORIE DE L'EXHÉRÉDATION D'APRÈS LE DROIT CIVIL.

Lib. II, tit. XIII, *De exheredatione liberorum*, pr. — Non tamen, ut omnimodo valeat testamentum, sufficit hæc observatio quam supra exposuimus. Sed qui filium in potestate habet, curare debet ut eum heredem instituat, vel exheredem nominatim faciat. Alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur : adeo quidem ut, et si vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus, antiquitati fuerat observa-

Cependant l'observation des règles que nous venons d'exposer ne suffit pas pour la validité du testament. Mais celui qui a un fils en puissance doit veiller ou à l'instituer ou à l'exhéréder nominativement. Autrement, s'il le passe sous silence, il teste inutilement, à tel point que, le fils vînt-il même à mourir du vivant de son père, le testament ne pourrait pas donner d'héritier, parce que dans le principe il n'a pas pris naissance. Mais à l'égard des filles et des autres descendants par les mâles, l'antiquité ne suivait pas la même règle; s'ils n'avaient pas été institués ou exhé-

(1) Est-ce à dire que, dans le droit de Justinien, quiconque peut être institué puisse toujours recueillir? Non. Ainsi, d'après une constitution des empereurs Léon et Anthémius, le conjoint remarié, qui laisse des enfants d'un premier lit, n'a pu disposer à un titre gratuit quelconque, au profit de son second conjoint, que d'une part d'enfant légitime le moins prenant (L. 6, C., *De sec. nupt.*, V, 9). Supposons donc ce second conjoint institué pour le tout. Recueillera-t-il le tout? Oui, si tous les enfants aujourd'hui vivants prédécèdent; non, s'il en survit un ou plusieurs, et dans ce cas son droit sera plus ou moins fort selon le nombre des survivants. Que conclure de ces résultats? Que l'existence d'enfants du premier lit au jour de la confection du testament ne lui ôte pas du tout la *factio testamenti*, mais que leur existence au jour du décès du testateur réduit son *jus capiendi*.

tum; sed si non fuerant heredes scripti scriptæve, vel exheredati exheredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus autem accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur : *Titius filius meus exheres esto*, sive ita : *filius meus exheres esto*, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

§ 4. — Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur cujus sunt justis nuptiis quæsiti : itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt, secundum ea quæ de naturalibus exposuimus.

§ 7. — Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare, sed possunt eos omittere; nam silentium matris, et ceterorum per matrem ascendentium tantum facit quantum exheredatio patris. Nec enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris, quo præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit, sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.

rédés, le testament n'était pas moins valable, mais on leur donnait un droit d'accroissement jusqu'à une certaine portion. Mais les pères n'avaient pas non plus besoin d'exhéréder nominativement ces personnes, il leur suffisait de le faire *inter ceteros*. L'exhérédation nominative se fait ainsi : *Que Titius mon fils soit exhérédé*, ou sans ajouter le nom propre : *Que mon fils soit exhérédé*, cela toutefois s'il n'y a qu'un seul fils.

Les enfants adoptifs, tant qu'ils sont en la puissance de l'adoptant, sont de même condition que les enfants issus des *justæ nuptiæ;* ils doivent donc être ou institués ou exhérédés, conformément aux règles exposées pour les enfants naturels.

La mère et le grand-père maternels n'ont pas besoin d'instituer ou d'exhéréder leurs descendants, mais ils peuvent les omettre; car le silence de la mère et des autres ascendants maternels a la même valeur que l'exhérédation prononcée par le père. Et, en effet, il n'est pas nécessaire qu'une mère exhérède le fils ou la fille qu'elle n'institue pas, non plus qu'un aïeul maternel le petit-fils ou la petite-fille issus de sa fille, et cela soit que nous nous attachions au droit civil ou à l'édit du préteur qui promet la *bonorum possessio contra tabulas* aux descendants omis; mais à ces personnes on réserve un autre recours qui vous sera bientôt expliqué.

333. En consacrant les institutions faites par le testateur, la loi

romaine consacrait implicitement l'exclusion de tous les héritiers légitimes qu'il n'avait pas institués. Ce principe s'appliqua longtemps aux enfants eux-mêmes. Le père pouvait donc très-régulièrement se contenter de les omettre. Cela put être sans danger, tant que les testaments eurent besoin d'être approuvés par les comices. Mais à l'époque inconnue où la volonté du disposant devint libre, des abus durent se produire : le père de famille qui, pour une raison bonne ou mauvaise, voulait dépouiller les enfants placés en sa puissance n'avait pour cela qu'à ne pas prononcer leur nom et à instituer d'autres héritiers. Le principe des Douze Tables qui donnait force de loi au testament devenait ainsi la consécration d'un arbitraire odieux. Cet arbitraire concordait, il est vrai, avec le pouvoir absolu du père de famille sur la personne de ses enfants; mais ce n'était pas sans contredire quelque peu la théorie très-ancienne et si profondément vraie qui les considérait comme copropriétaires du patrimoine paternel (L. 11, *De lib. et post.*, XXVIII, 2. — N° 76). Le dernier mot de cette théorie devait être d'obliger le père à ne pas dépouiller ses enfants sans cause sérieuse; mais, avant d'en arriver là, on exigea que, ne voulant pas les instituer, il prît au moins la peine de le déclarer expressément; et c'est cette déclaration expresse qu'on appelle exhérédation par opposition à la simple omission ou prétérition. Cette réaction contre les Douze Tables fut l'œuvre de la coutume (1). Elle fut inspirée, sans doute, par cette observation très-exacte que beaucoup d'hommes commettent l'injustice sans scrupule, mais que très-peu osent l'avouer. Au surplus, il importe de bien remarquer que, le père de famille restant libre de dépouiller ses enfants, la règle qui lui prescrit alors de les exhéréder au lieu de les omettre n'a que la valeur d'une règle de forme (2).

(1) Cicéron (*De orat.*, I, 38) rapporte que dans son enfance deux orateurs célèbres, Crassus et Antoine, plaidèrent l'un contre l'autre dans l'hypothèse suivante : un fils de famille militaire passait pour mort. Partageant l'erreur commune, son père, qui l'avait d'abord institué, refit son testament et l'omit. Plus tard, le fils de retour réclama l'hérédité paternelle. La question était donc celle-ci : le silence du père avait-il suffi pour écarter le fils, et le testament où celui-ci n'était pas nommé avait-il rompu le testament antérieur? Cette question prouve tout à la fois que la théorie de l'exhérédation n'avait pas été établie par une loi formelle, et qu'à cette époque elle n'était pas encore admise sans contestation. Mais il est certain que dans l'âge mûr de Cicéron on ne la contestait plus; ce qui le démontre, c'est l'existence de la formule aquilienne due à son ami Aquilius Gallus (L. 29 pr., *De lib. et post.*, XXVIII, 2). Au surplus, si l'on en croit un passage de Valère Maxime (VII, 7, n° 2) qui paraît bien se référer à l'affaire mentionnée par Cicéron, le tribunal des centumvirs donna gain de cause à l'enfant.

(2) Il y a une harmonie manifeste entre l'*abdicatio liberorum* (page 209, note 1)

La théorie primitive de l'exhérédation s'applique exclusivement aux enfants investis de la qualité de *sui heredes* au jour de la confection du testament, c'est-à-dire aux enfants déjà nés et soumis à la puissance immédiate du testateur. Mais elle s'applique sans distinction entre les enfants issus *ex justis nuptiis* et les enfants adoptifs (pr. et § 4 *sup.*) (1). Quant aux effets de l'omission, ils varient selon qu'il s'agit d'un enfant mâle au premier degré (*filius*) ou de tout autre descendant (*filia*, *nepos*, *neptis*, etc.). S'agit-il d'un fils omis : Gaius (II, § 123) constate l'existence de deux systèmes. D'après les Sabiniens, l'omission emporte nullité immédiate du testament, qui par conséquent demeure sans effet nonobstant le prédécès du fils. Les Proculiens, au contraire, subordonnent la nullité à la survie du fils, et sans doute aussi au maintien de sa capacité. Je m'explique aisément cette divergence : les Sabiniens obéissent à une règle générale d'après laquelle la régularité matérielle d'un acte s'apprécie au moment même de sa confection. Avec plus de vraie raison, sinon de logique, les Proculiens considèrent qu'il s'agit ici d'une forme prescrite dans l'intérêt tout spécial de l'enfant, et qu'en conséquence l'omission de cette forme devient indifférente quand l'intérêt de l'enfant a disparu. Bien que l'opinion proculienne s'accordât mieux avec la préférence des Romains pour la succession testamentaire, il est certain qu'à l'époque de Paul la pratique l'avait définitivement repoussée (L. 7, *De lib. et post.*, XXVIII, 2); et il faut reconnaître que l'opinion sabinienne était beaucoup plus conforme à une idée fondamentale du droit civil qui peut se formuler ainsi : le testament, quoique fait pour l'époque de la mort, ne vaut jamais qu'autant qu'il pourrait valoir si le testateur mourait au moment même où il vient de le terminer.

Quant à l'omission des filles ou des petits-enfants, elle ne nuit pas à la validité du testament. Mais la fille omise, pourvu qu'elle survive au testateur et qu'elle soit restée capable, enlève aux institués, si ce sont des *sui heredes*, une part virile, c'est-à-dire justement ce qu'elle aurait eu *ab intestat*, et, si ce sont des *extranei*, une moitié (Gaius, II, § 124). Rien de plus simple, lorsque les institués sont tous *sui* ou tous *extranei*. Que si le testament institue à la fois des *sui* et des

et le droit de dépouiller ses enfants par testament. Vivant, le père pouvait les expulser et refuser de les nourrir; mort, il leur ôte son patrimoine : c'est toujours la même idée.

(1) Elle s'appliqua aussi primitivement à la femme *in manu*, qui était *loco filiæ* ou *neptis* (Ulp., XXII § 14).

extranei, la règle s'applique comme s'il y avait deux hérédités distinctes dont l'une serait dévolue aux *sui* et l'autre aux *extranei* : la fille omise prend donc une part virile de l'ensemble des portions attribuées aux *sui* et une moitié des portions attribuées aux *extranei* (Paul, III, 4b § 8) (1). Les mêmes règles s'appliquent aux petits-enfants omis, mais avec cette réserve que ceux qui forment une même souche (*stirps*) sont comptés entre eux tous pour un seul enfant, comme ils le seraient venant *ab intestat* (2). Donc étant données l'institution d'un fils et l'omission de deux petits-enfants issus *ex altero filio præmortuo*, ces deux petits-enfants ne prennent entre eux qu'une moitié qu'ils se partagent également. Donc aussi, un *extraneus* étant seul institué, si le testateur a omis une fille et deux petits-enfants *ex eodem filio*, la moitié enlevée à l'*extraneus* se divise en deux parts égales dont l'une est donnée à la fille et l'autre aux deux petits-enfants. Le droit reconnu aux filles et aux petits-enfants omis s'appelle *jus accrescendi*, parce qu'au lieu de le recueillir comme héritier légitime, ce qui serait contraire à la règle *Nemo partim testatus, partim intestatus mori potest*, la personne omise compte pour un héritier testamentaire de plus : elle est réputée instituée dans la mesure du droit que la loi lui accorde, d'où cette conséquence remarquable qu'on la soumet, dans une proportion correspondante, à l'acquittement des legs et autres charges qui incombent aux institués (L. 4, C., *De lib. præt.*, VI, 28).

A l'omission proprement dite on assimile toute exhérédation ou institution irrégulière (3). Or, à ce point de vue, la distinction entre le fils et les autres descendants se représente avec un double intérêt : 1° pour tous l'exhérédation doit être formulée impérativement. Mais quand il s'agit d'un fils, elle doit de plus être faite *nominatim*, je veux dire contenir son nom ou une désignation individuelle assez précise pour

(1) Il arrive par là que, s'il y a plusieurs *sui* et un *extraneus*, tous institués *ex partibus æquis*, la fille omise prend plus qu'elle n'aurait comme héritière *ab intestat*.

(2) Ce que je dis là n'est pas exprimé dans les textes et a été contesté.

(3) L'exhérédation serait nulle si elle présentait l'enfant comme n'étant pas *suus*, par exemple si elle était ainsi conçue : *Ille, quem scio ex me natum non esse*, ou *ex adulterio conceptum esse, exheres esto* (L. 14 § 2, *De lib. et post.*, XXVIII, 2. — L. 1 § 9, *De Carb. edict.*, XXXVII, 10). L'enfant dans ces hypothèses faisant reconnaître sa filiation serait réputé omis. L'exhérédation serait encore nulle, si elle était conditionnelle et que l'enfant ne fût pas institué sous la condition inverse, ou si elle n'était exprimée que par rapport à l'un des institués (L. 8 § 3; L. 18 pr., *De bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 3).

prouver que la pensée du père s'est arrêtée sur lui spécialement. Quant aux autres descendants, il est permis de les exhéréder *inter ceteros*, c'est-à-dire en plaçant après l'institution cette formule vague : *ceteri exheredes sunto* (Gaius, II, §§ 127 et 128) (1); 2° l'institution des filles et des petits-enfants peut être subordonnée à toute condition admise par le droit commun (L. 4 pr., *De hered. inst.*) (2), tandis que l'institution conditionnelle du fils est nulle, à moins que la condition ne dépende de sa volonté (L. 86 pr., *De hered. inst.*) (3), ou, si elle dépend du hasard ou du fait d'autrui, qu'il ne soit exhérédé sous la condition inverse, et encore faut-il en ce dernier cas que l'une ou l'autre condition s'accomplisse de son vivant; sinon, au moment même de sa mort il devient héritier légitime de son père, comme n'ayant été de son vivant ni institué ni exhérédé (L. 28 pr., *De lib. et post.*).

Telle que je viens de l'exposer, la théorie de l'exhérédation ne protége ni les descendants *per feminas*, ni ceux des descendants *per masculos* qui n'ont pas au jour de la confection du testament la qualité de *sui heredes*, soit qu'ils l'aient perdue, soit qu'ils ne l'aient jamais eue. A l'égard des descendants par les femmes, ce droit ne changea jamais; pour eux l'omission vaut exhérédation et ne leur laisse d'autre ressource que la *querela inofficiosi testamenti* (§ 7 *sup.*). Quant aux descendants *per masculos*, le droit prétorien introduisit un système de protection plus complet.

II. — DE L'EXHÉRÉDATION D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN.

Lib. II, tit. XIII, *De exheredatione liberorum*, § 3. — Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes. Sed

D'après le droit civil il n'est pas nécessaire d'instituer ou d'exhéréder les enfants émancipés, parce que ce ne sont pas des héritiers siens. Mais le préteur veut que les

(1) D'après Justinien (L. 4, C., *De lib. præt.*), cette différence entre le fils et les autres descendants aurait été établie par la jurisprudence des centumvirs.

(2) Bien évidemment, la défaillance de la condition non potestative aura pour conséquence l'ouverture du *jus accrescendi;* car elle équivaut à l'omission.

(3) C'est une question de fait que de savoir si la condition est suffisamment potestative de la part de l'institué (L. 4 § 1, *De hered. inst.*). Mais sûrement elle ne serait pas réputée telle, si elle était immorale ou contraire aux lois. Car il ne peut être permis à un père d'imposer à son fils l'alternative de perdre sa succession ou de commettre un acte honteux ou défendu (L. 15, *De cond. inst.*, XXVIII, 7).

prætor omnes, tam feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari jubet, virilis sexus nominatim, feminini vero et inter ceteros; quod si neque heredes instituti fuerint, neque, ita ut diximus, exheredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem (Gaius, II, § 135).

§ 4, suite. — Emancipati vero a patre adoptivo, neque jure civili, neque quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos numerantur. Qua ratione accidit ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere neque exheredare necesse sit; quum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent. (Gaius, II, §§ 136 et 137).

enfants de l'un et l'autre sexe qui ne sont pas institués soient exhérédés, ceux du sexe masculin nominativement, et ceux du sexe féminin *inter ceteros;* que s'ils n'ont été ni institués ni exhérédés, comme nous l'avons dit, le préteur leur promet la *bonorum possessio contra tabulas.*

Quant aux enfants émancipés par le père adoptif, ni le droit civil ni l'édit du préteur ne les comptent parmi ses descendants. D'où il résulte qu'à l'inverse, à l'égard du père naturel, on les tient pour étrangers tant qu'ils sont dans la famille adoptive, de sorte qu'il n'a besoin ni de les instituer ni de les exhéréder; mais qu'une fois émancipés par le père adoptif, ils commencent à se trouver dans la même situation que s'ils avaient été émancipés par le père naturel lui-même.

334. La théorie prétorienne diffère de la théorie civile : 1° quant aux personnes que le testateur doit instituer ou exhéréder; 2° quant aux effets de l'omission; 3° quant aux conditions requises pour la régularité de l'exhérédation ou de l'institution.

1° Le préteur exige d'abord l'institution ou l'exhérédation de tous les *sui heredes*, naturels ou adoptifs. Mais, en outre, il veut, tel est du moins le principe, que parmi les descendants naturels qui ne sont pas *sui heredes*, le testateur institue ou exhérède tous ceux dont la filiation résulte des *justæ nuptiæ per masculos*. Cette règle s'applique notamment : 1° aux enfants que le testateur a émancipés; (§ 3 *sup.* — L. 17, *De bon. poss. cont. tab.*); 2° aux enfants qu'il a donnés en

Un tel acte, dit Papinien, l'auteur du texte cité, est impossible pour un honnête homme. De là quelques interprètes ont conclu que, si les conditions contraires aux lois ou aux mœurs sont tenues pour non écrites dans les testaments, c'est qu'elles rentrent dans les conditions impossibles, conclusion fausse, car si telle était la pensée du jurisconsulte, il déclarerait l'institution du fils valable comme pure et simple.

adoption et que l'adoptant a émancipés (§ 4 *sup.*) (1); 3° aux enfants nés ou conçus de lui avant que lui-même fût émancipé ou donné en adoption (L. 3 § 9; L. 7, *De bon. poss. cont. tab.*); 4° aux enfants qu'il a eus étant *in potestate* et que son père a émancipés en le retenant lui-même sous sa puissance (L. 6 § 2, *De bon. poss. cont. tab.*); 5° aux petits-enfants conçus de son fils déjà émancipé (L. 6 pr., *De bon. poss. cont. tab.*). Toutefois cette obligation d'instituer ou d'exhéréder les descendants *non sui* cesse 1° d'une manière absolue, à l'égard de ceux que l'adoption ou l'adrogation a fait entrer dans une famille nouvelle et qui s'y trouvent encore au décès du testateur (§ 4 *sup.* — Inst., § 12, *De hered. quæ ab int.*, III, 1); 2° en général, à l'égard de ceux qui, placés au second ou au troisième degré, sont séparés du testateur au jour de son décès par un ascendant intermédiaire encore vivant et capable. Ainsi mon fils et le petit-fils issu de lui ayant été l'un et l'autre émancipés par moi, ou étant tous les deux restés dans la famille naturelle alors que mon père m'émancipait, il suffit que j'institue ou exhérède le fils; car cela suffirait si tous les deux étaient en ma puissance. Même décision si, émancipant mon petit-fils, je retiens son père *in potestate* (L. 1 §§ 7 et 8; L. 3 §§ 3 et 4, *De bon. poss. cont. tab.* — L. 5 § 1, *Si tab. test. null.*, XXXVIII, 6) (2).

2° Le préteur, ne considérant pas l'omission d'un descendant comme un véritable vice de forme, n'y attache aucune conséquence immédiate : il tient néanmoins le testament pour valable et se contente de promettre aux descendants omis la *bonorum possessio contra tabulas* (§ 3 *sup.*). Or cette *bonorum possessio*, dont j'expliquerai ultérieurement les règles (n°s 445 et s.), ne leur est déférée qu'autant qu'au jour du décès du testateur ils vivent encore et sont capables d'être institués (L. 3 § 10, *De bon. poss. cont. tab.*). De plus elle ne leur est pas acquise de plein droit, mais ils doivent la demander dans un délai déterminé (L. 2 pr., *De bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 11). Il est donc possible, on le voit, que, par suite du prédécès, de l'incapacité ou de la répudiation de l'enfant omis, le testament conserve son effet, soit *jure prætorio*, si cet enfant était un *suus heres* (3), soit même *jure civili*, si cette qualité lui faisait défaut.

(1) Quant à l'adoptant, il est libre d'omettre l'adopté une fois émancipé (§ 4 *sup.* — Inst., § 12, *De hered. quæ ab. int.*, III, 1).

(2) Par exception, le testateur qui, émancipant son fils, a retenu *in potestate* le petit-fils issu de lui, doit les instituer ou les exhéréder tous les deux (L. 1 pr., *De conj. cum emanc. lib.*, XXXVII, 8. — n° 446).

(3) Un testateur a omis un descendant *in potestate* et institué les autres. Le des-

La *bonorum possessio contra tabulas* faisant réputer le testateur mort intestat, en principe l'individu omis prend exactement la part qu'il aurait recueillie comme héritier légitime, et la prend franche de toutes charges imposées par le testateur. Par une application régulière de ces principes, on eût effacé complétement la différence que le droit civil avait établie entre le fils et les autres descendants, ceux-ci laissant de côté le *jus accrescendi* pour la *bonorum possessio contra tabulas* qui leur donnerait, en présence d'institués *extranei*, la totalité de l'hérédité, et qui dans tous les cas les soustrairait à la charge des legs. Ce résultat fut accepté sans hésitation à l'égard des petits-enfants ou autres descendants du sexe masculin. Mais un rescrit d'Antonin le Pieux décida que par la *bonorum possessio contra tabulas* les femmes n'obtiendraient rien de plus que par le *jus accrescendi;* d'où il résulte qu'en présence d'*extranei* elles restent limitées à la moitié de l'hérédité (Gaius, II, §§ 125 et 126), et que, quels que soient les institués, elles acquittent les legs proportionnellement à la part héréditaire qu'elles recueillent (L. 4, C., *De lib. præt.*, VI, 28). Bien qu'Antonin n'eût statué que sur les femmes *suæ heredes*, les seules dont l'omission entraînât ouverture du *jus accrescendi*, sa décision fut étendue, comme elle devait l'être logiquement, aux femmes émancipées et à toutes les femmes *sui juris* (Gaius, II, § 126); de sorte qu'en définitive, pour déterminer les effets de la *bonorum possessio contra tabulas*, il faut distinguer entre les descendants mâles et les femmes. L'omission des mâles, quel que soit leur degré, empêche absolument l'exécution du testament, tandis que l'omission des femmes le laisse subsister en réduisant seulement le droit des institués (1).

3° Le préteur exige que tous les descendants mâles, quel que soit

cendant omis s'abstenant, c'est-à-dire ne faisant pas valoir sa qualité d'héritier *jure civili* et ne demandant pas non plus la *bonorum possessio contra tabulas*, les legs s'exécuteront, dit Papinien, *licet subtilitas juris refragari videtur* (L. 17, *De inj. rupt.*, XXVIII, 3). Cela signifie-t-il, comme on l'a dit quelquefois, que le testament vaille alors *jure prætorio* et donne lieu à la *bonorum possessio secundum tabulas?* Je ne le crois pas : car à l'instant même du décès la *bonorum possessio contra tabulas* a été déférée aux institués eux-mêmes, et, comme elle est donnée *contra lignum* (n° 445), elle leur reste déférée. La pensée du jurisconsulte est donc plutôt que l'on doit déroger ici à la règle générale qui affranchit la *bonorum possessio contra tabulas* de la charge des legs.

(1) Si le testateur a omis à la fois un fils et une fille, j'estime, en l'absence de textes, que le testament perd entièrement son effet, sans quoi la règle *Nemo partim testatus*, etc., serait violée.

leur degré, soient exhérédés *nominatim*, les femmes seules pouvant être exhérédées *inter ceteros* (§ 3 *sup.* — Gaius, II, § 129). Mais pour les uns comme pour les autres il admet la validité d'une institution subordonnée à une condition même casuelle (1). En ce cas, si au jour du décès du testateur la condition est défaillie, l'enfant se trouve dans la même situation que s'il eût été omis, et il a droit à la *bonorum possessio contra tabulas*. Si au contraire elle est encore en suspens, le préteur lui donne la *bonorum possessio secundum tabulas*, sauf à la transformer, en cas de défaillance ultérieure de la condition, en une *bonorum possessio contra tabulas*, transformation qui affranchit l'enfant de la charge des legs et lui donne, au lieu de la part assignée par le testateur, sa part d'héritier légitime (L. 3 §§ 12 à 14, *De bon. poss. cont. tab.* — L. 2 § 1, *De bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11).

III. — L'EXHÉRÉDATION DANS LE DROIT DE JUSTINIEN.

Lib. II, tit. XIII, *De exheredatione liberorum*, § 5. — Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc jure nihil interesse existimans quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturæ officio fungitur, et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et prætores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile jus et in filiis et in filiabus, et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis, non solum natis, sed etiam postumis, introduxit, ut omnes, sive sui, sive emancipati sunt, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, et eumdem habeant effectum circa testamenta parentium suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati

Tel était le droit ancien. Mais nous, réfléchissant qu'en cette matière il n'y a pas de différence à faire entre les hommes et les femmes, puisqu'aux uns et aux autres également la nature donne un rôle dans la procréation, et que d'ailleurs la loi des Douze Tables les appelait sans distinction à la succession *ab intestat*, ce que les préteurs imitèrent plus tard, nous avons établi un droit simple et identique à l'égard des fils, filles et autres descendants par les mâles, non-seulement nés, mais encore posthumes, de telle sorte que tous les émancipés, comme les siens, soient institués héritiers ou exhérédés nominativement, et que toujours l'omission ait pour effet d'infirmer le testament du père et d'enlever l'hérédité à l'institué, soit qu'il s'agisse d'enfants déjà nés ou d'enfants simplement conçus, mais

(1) A l'inverse, il proscrit absolument l'exhérédation conditionnelle (L. 18 pr., *De bon. poss. cont. tab.*).

habent, sive jam nati sunt, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem quæ nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.

qui naissent plus tard. Quant aux enfants adoptifs, nous avons introduit une distinction déterminée : elle est contenue dans notre constitution sur les enfants adoptifs.

335. La théorie de Justinien est très-simple et peut se résumer ainsi qu'il suit :

1° En ce qui concerne les descendants à instituer ou à exhéréder, il consacre le droit prétorien, sous cette seule réserve que désormais les enfants donnés en adoption à un *extraneus* peuvent toujours être omis par l'adoptant et ne peuvent jamais l'être par leur père naturel. Ce n'est là qu'une conséquence de l'innovation qui les maintient dans leur famille naturelle (n° 108).

2° Quels que soient le sexe et le degré de l'enfant, l'exhérédation doit toujours être faite *nominatim ;*

3° L'omission ou l'exhérédation irrégulière entraînent dans tous les cas nullité immédiate et définitive. Cette décision abroge très-sagement la distinction que le droit civil avait établie entre les fils et les autres descendants, et que le préteur avait conservée entre les descendants mâles et les femmes (1). Mais en même temps, par un retour déraisonnable au passé, elle adopte et même elle généralise le système sabinien sur les effets de l'omission d'un fils, système que le droit prétorien avait si justement abandonné.

APERÇU DU DROIT PRÉTORIEN RELATIVEMENT AUX TESTAMENTS NULS *JURE CIVILI.*

336. Tout testament qui méconnaît plus ou moins les formes prescrites, qui émane d'un testateur incapable, qui n'institue que des héritiers incapables, ou qui ne satisfait pas aux règles relatives à l'in

(1) Supposons, dans le droit antérieur à Justinien, une fille omise en présence d'un institué *extraneus*. Par la *bonorum possessio contra tabulas* comme par le *jus accrescendi*, elle obtient une moitié de l'hérédité; mais il est possible que des legs la réduisent au quart de cette moitié, c'est-à-dire finalement au huitième de l'hérédité. Si au contraire elle eût été exhérédée sans juste cause, la *querela inofficiosi* lui assurerait l'hérédité entière, ou bien, pour l'empêcher d'exercer cette action, son père aurait dû lui donner le quart du tout. Donc, en résumé, une fille omise pouvait être moins bien traitée qu'une fille exhérédée. C'est surtout pour éviter ce résultat que Justinien assimila entre eux les descendants des deux sexes (L. 4, C., *De lib. præter.*, VI, 28).

stitution ou à l'exhérédation des fils en puissance est immédiatement et définitivement nul selon le droit civil. Parce qu'il est contraire aux lois, on l'appelle *injustum* ou *non jure factum;* parce qu'il est condamné à rester sans effet, on l'appelle *inutile* ou *nullius momenti*. Mais le droit prétorien, qui finit par devenir le véritable droit pratique de Rome, corrigea les rigueurs du droit civil en donnant dans plusieurs cas la *bonorum possessio secundum tabulas* à des institués auxquels le titre d'héritier était refusé. Cette *bonorum possessio* exige dans tous les cas, comme condition fondamentale, l'observation des formes imposées par le préteur, savoir la confection d'un testament en présence de sept témoins capables et l'apposition de leur sceau à côté de leur nom. Ces formes observées, voici en résumé ce que deviennent dans le droit prétorien les quatre théories précédemment exposées. D'abord, en ce qui concerne les formes générales exigées par le droit civil, le préteur n'en tient nul compte (n° 321) (1). Et de même, on a vu qu'à la théorie primitive de l'exhérédation il substitue une théorie nouvelle d'après laquelle l'omission du *suus heres* n'annule le testament qu'autant que le *suus* intéressé peut et veut se prévaloir de la nullité (n° 334). Quant à la capacité du testateur et à la capacité de l'institué, le préteur reste généralement fidèle aux principes du droit civil (L. 1 §§ 8 et 9, *De bon. poss. sec. tab.*, XXXII, 11. — L. 19, *De bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4). Cependant, il donne la *bonorum possessio secundum tabulas* aux héritiers institués par une femme qui a testé *sine auctoritate tutoris* (Gaius, II, §§ 118 et 119). Pareillement, il consacre l'institution de certaines personnes morales (L. 3 § 4, *De bon. poss.*, XXXVII, 1) et celle du posthume externe, pourvu que ce posthume soit conçu avant le décès du testateur et naisse ensuite vivant (L. 3, *De bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11).

(1) Il convient de remarquer que dans le dernier état du droit civil, et en vertu même de la constitution de Théodose qui créa le testament tripartit (L. 21 § 3, *De test.*, C., VI, 23), l'omission des formes n'empêche pas le testament de valoir *inter liberos*. Mais cela suppose que tous les descendants qui seraient appelés *ab intestat* ont été institués, soit seuls, soit avec des étrangers. Dans ce dernier cas, on écarte les étrangers; et dans l'un et l'autre cas, le maintien du testament a pour effet d'abord de substituer au règlement légal des parts le règlement fait par le défunt, puis d'obliger les enfants à acquitter les legs et autres charges dont la nullité du testament les eût affranchis.

DES CAUSES QUI ANNULENT UN TESTAMENT VALABLEMENT FAIT.

SOMMAIRE : I. Notions générales. — II. De la rupture du testament par la survenance d'un héritier sien. Théorie de l'institution et de l'exhérédation des posthumes et quasi-posthumes, et plus généralement des moyens de prévenir la rupture. — III. De la rupture du testament par la confection d'un nouveau testament. — IV. Des testaments devenus *irrita* par la *capitis deminutio*. — V. Des dispositions du droit prétorien à l'égard des testaments rompus ou *irrita*.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES.

Lib. II, tit. XVII, *Quibus modis testamenta infirmantur*, pr. — Testamentum jure factum usque adeo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

Le testament régulièrement fait vaut jusqu'à ce qu'il soit rompu ou devienne *irritum*.

337. Le testament le plus régulier peut, sans cesser d'exister matériellement, devenir nul *jure civili* par les trois causes suivantes : 1° survenance d'un héritier sien au testateur; 2° confection d'un nouveau testament; 3° *capitis deminutio* subie par le testateur. — Dans les deux premiers cas, on dit que le testament est rompu (*ruptum*); dans le troisième cas, on le qualifie *irritum*. Il n'est pas difficile de saisir les motifs qui déterminèrent les Romains à admettre ces trois causes de nullité. La survenance d'un héritier sien rompt le testament, parce que, si cette qualité lui eût appartenu dès le jour de la confection, il aurait dû être institué ou exhérédé; or il ne doit pas souffrir pour être venu trop tard, et rien d'ailleurs ne permet de penser que le père de famille ait voulu le dépouiller. Quant à la rupture par la confection d'un testament postérieur, elle est fondée sur une présomption de révocation, présomption que sa généralité et son caractère absolu rendent critiquable; car il est possible que les dispositions des deux testaments n'aient rien d'incompatible entre elles, et on ne voit pas pourquoi le testateur qui les réunirait valablement en un même acte ne pourrait pas aussi les séparer. Enfin, la nullité résultant de la *capitis deminutio* du testateur se rattache à cette idée subtile que le *capite minutus* a perdu son ancienne personnalité (n° 182). Cette nullité ne peut paraître raisonnable que dans les cas où le *capite minutus* devient incapable de tester (1).

(1) Il ne faut pas confondre avec le testament rompu ou *irritum* celui qui, sans perdre sa validité, manque simplement son effet, par exemple par le prédécès ou par la répudiation de l'institué, par la défaillance de la condition mise à l'institu-

II. — DE LA RUPTURE DU TESTAMENT PAR LA SURVENANCE D'UN HÉRITIER SIEN. — THÉORIE DE L'INSTITUTION ET DE L'EXHÉRÉDATION DES POSTHUMES ET QUASI-POSTHUMES, ET PLUS GÉNÉRALEMENT DES MOYENS DE PRÉVENIR LA RUPTURE.

Lib. II, tit. XVII, *Quibus modis testamenta infirmantur*, § 1. — Rumpitur autem testamentum, quum, in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per imperatorem, eum qui est sui juris, aut per prætorem, secundum nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui heredis (Gaius, II, § 138).

Lib. II, tit. XIII, *De exheredatione liberorum*, § 1. — Postumi quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex ceteris liberis, sive feminini sexus, sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea adgnatione postumi sive postumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque, si mulier, ex qua postumus vel postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem

Or le testament est rompu, lorsque, le testateur conservant son état, c'est le testament lui-même qui est vicié. Si en effet, après avoir testé, on adopte pour fils, soit par rescrit impérial une personne *sui juris*, soit devant le préteur, selon notre constitution, une personne soumise à la puissance paternelle, le testament est rompu comme par l'agnation d'un héritier sien.

Les descendants posthumes doivent eux-mêmes être institués ou exhérédés. Et la condition de tous est égale en ce sens que l'omission d'un fils posthume et d'un descendant quelconque du sexe masculin ou féminin n'empêche pas le testament de valoir, mais plus tard l'agnation du posthume ou de la posthume le rompt et partant l'infirme entièrement. Et en conséquence, si une femme de laquelle on attendait un posthume ou une posthume vient à avorter, rien n'empêche les héritiers inscrits de faire adition. Mais en ce qui concerne les post-

tion, etc. D'un tel testament on dit qu'il est *destitutum* ou *desertum* (Inst., § 2, *De leg. Falc.*, II, 22. — Inst., §§ 7 et 8, *De hered.. quæ ab int.*, II, 1). Sans aucune inexactitude on pourrait aussi le qualifier *irritum*, et ainsi parlent plusieurs jurisconsultes (Ulp., XXIII § 4. — L. 20 pr., *De bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4. — L. 50 pr., *De manum. test.*, XL, 4). Mais il vaut mieux ne pas adopter ce langage, afin d'éviter toute confusion entre des testaments annulés et des testaments simplement inefficaces.

sexus personæ vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant; dum tamen, si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur præteritæ esse per oblivionem. Masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur, hoc scilicet modo : *Quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto.*

§ 2. — Postumorum autem loco sunt et hi qui, in sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce : si quis filium, et ex eo nepotem neptemve, in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint; sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, et eo modo jura suorum heredum quasi adgnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum, ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere vel exheredare, ne forte, eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi adgnatione rumpat testamentum; idque lege Junia Velleia provisum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.

humes du sexe féminin, on avait l'habitude de les exhéréder nominativement ou *inter ceteros,* pourvu cependant qu'en les exhérédant *inter ceteros* on leur laissât un legs, afin de ne pas paraître les avoir oubliées. Quant aux fils et aux autres posthumes mâles, on a admis que, pour être valable, leur exhérédation devait être nominative, c'est-à-dire ainsi conçue : *que tout fils qui me naîtra soit exhérédé.*

Parmi les posthumes on compte aussi ceux qui, en prenant la place d'un héritier sien, deviennent eux-mêmes par une quasi-agnation les héritiers siens de leurs ascendants. Par exemple, une personne ayant un fils et de lui un petit-fils ou une petite-fille, comme le fils est au premier degré, il a seul les droits d'héritier sien, bien que le petit-fils et la petite-fille issus de lui soient sous la même puissance; mais si le fils meurt du vivant du père ou si par une autre raison quelconque il sort de sa puissance, le petit-fils ou la petite-fille prend sa place, et de cette façon les droits d'héritier sien lui sont acquis par une quasi-agnation. Donc, pour empêcher le testament d'être ainsi rompu, de même que le père qui veut tester valablement doit instituer son fils ou l'exhéréder nominativement, de même aussi doit-il instituer ou exhéréder le petit-fils ou la petite-fille issus de son fils, afin que, le fils venant à mourir du vivant de son père, la quasi-agnation du petit-fils ou de la petite-fille qui prend sa place ne rompe pas le testament; et telle est la

disposition de la loi Junia Velléia qui en même temps fixe un mode d'exhérédation semblable à celui qu'on suit pour les posthumes.

338. Le principe qui domine toute la matière est celui-ci : le testament est rompu par la survenance d'un héritier sien quelconque, alors même que celui-ci aurait été ou institué ou exhérédé (1). D'une part, en effet, en admettant qu'il ait pu être valablement institué, ce qui suppose sa naissance antérieure à la confection du testament, du moins n'a-t-il pas pu l'être comme *suus*, puisqu'il n'avait pas encore cette qualité, et, d'autre part, toute exhérédation qui ne s'applique pas à un individu dès à présent *suus heres* est nulle et non avenue, cette qualité ne pouvant être ôtée à qui ne la possède pas (Gaius, II, §§ 140 et 141). L'application de ce principe conduisait à ce résultat choquant que, si au jour de la survenance du *suus heres* le testateur était déjà mort ou avait perdu la capacité de tester, même s'il mourait ultérieurement sans avoir connu l'événement qui lui donnait un héritier sien ou sans avoir eu le temps de refaire son testament, il mourait intestat contrairement à sa volonté bien évidente. De là une théorie tendant à lui donner le moyen de prévenir, au moins dans les cas les plus intéressants, la rupture de son testament. Cette théorie, qui fut l'œuvre à la fois de la jurisprudence et du législateur, est celle de l'institution ou de l'exhérédation des posthumes et quasi-posthumes (2). Avant d'en donner la formule générale, je dois en décrire les applications principales dans l'ordre chronologique de leur apparition. Pour cela, je distingue cinq catégories de posthumes ou quasi-posthumes :

1° *Posthume proprement dit* ou *posthume légitime.* — On appelle ainsi l'enfant qui, conçu avant et né après la mort du testateur, se fût trouvé en sa puissance immédiate au jour de la confection du testament, si dès cette époque il avait été vivant. Cette définition convient d'abord aux enfants nés d'une veuve dans les dix mois du décès du

(1) Tout héritier sien doit cette qualité ou à sa naissance même ou à un événement postérieur, tel que la mort ou l'émancipation de l'ascendant qui le séparait du père de famille. Dans le premier cas, il y a agnation d'un héritier sien; dans les autres cas, il y a quasi-agnation d'un héritier sien.

(2) Le mot *postumus*, dérivé de la préposition *post*, désigne non pas seulement l'enfant né après la mort de son père, mais tout enfant *qui postremo loco natus est* (Aul.-Gell., II, 16). Dans notre matière donc, le posthume est tout enfant né après la confection du testament.

mari; elle convient aussi aux petits-enfants nés après la mort de leur aïeul, mais dont la mère était déjà veuve et par conséquent déjà grosse au jour où il testait. Tous ces descendants, à la condition de naître vivants (§ 1 *sup.*, *De exher.* — L. 12, *De lib. et post.*), rompent le testament, et le rompent à une époque où le testateur ne peut plus le refaire (1). Donc, par une sorte de fiction, on lui permet de les considérer comme dès à présent vivants, partant de les instituer, quoique non encore investis de la qualité de *sui heredes*. Dès lors, leur naissance ne rompra plus le testament; et, s'ils ne naissent pas, le testateur aura simplement pris une précaution inutile. Cette première réaction contre le principe fut l'œuvre des jurisconsultes; elle appartient donc à cette portion du droit coutumier qu'on nomme spécialement *ius civile* (Ulp., XXII § 19. — N° 23) (2).

A. 2° *Posthume aquilien.* — Un père de famille teste ayant un fils vivant; quelque temps après, ce fils meurt laissant sa femme enceinte; puis, c'est le testateur lui-même qui meurt, et sa bru accouche. L'enfant qu'elle met au monde ne rentre pas dans la catégorie des posthumes légitimes, puisque en le supposant né au jour de la confection du testament il n'eût pas pu être soumis dès lors à la puissance immédiate du testateur. Et cependant, comme il naît héritier sien, la rupture du testament se produit tout aussi irréparable que par la naissance du posthume légitime. Frappé de l'analogie des deux situations, le jurisconsulte Aquilius Gallus imagina une formule qui permit au testateur de prévenir la rupture par l'institution ou l'exhérédation de ce petit enfant (L. 29 pr., *De lib. et post.*, XXVIII, 2), et de là son nom de posthume aquilien. On étendit sans hésiter la formule d'Aquilius Gallus aux arrière-petits-enfants nés *sui juris* après la mort de leur bisaïeul, lorsque leur père et leur grand-père, morts avant ce dernier, avaient pourtant survécu l'un ou l'autre ou tous les deux à la confection

(1) Un passage de Tite-Live (I, 34), qui se réfère particulièrement à la législation des Etrusques, prouve que chez ce peuple la naissance d'un posthume omis ne rompait jamais le testament. Ne peut-on pas conjecturer que telle fut aussi la primitive législation des Romains? Il est assez probable, en effet, que l'omission des posthumes dut, tout aussi longtemps que celle des enfants vivants, être considérée comme une exclusion valable.

(2) Si l'on suppose le posthume institué sous condition, sa naissance, survenant avant l'événement ou après la défaillance de la condition, a pour effet de rompre le testament (L. 22 et 24, *De lib. et post.*). Bien entendu, la rupture serait évitée par une exhérédation faite sous la condition inverse de celle qui est apposée à l'institution.

de son testament (L. 28 §§ 2 à 4, *De lib. et post.*). Plus tard, s'inspirant de l'esprit de la loi de Junia Velléia dont il va être parlé, les jurisconsultes ne distinguèrent plus si l'ascendant intermédiaire, sorti de la puissance du testateur entre les deux époques de la confection du testament et du décès, en était sorti par la mort ou de toute autre manière, par exemple par l'émancipation ou par l'effet d'une condamnation criminelle (L. 29 § 5, *De lib. et post.*). Nous arrivons donc au résultat suivant : le testateur peut prévenir la rupture de son testament par l'institution ou l'exhérédation de tout posthume qui, né après sa mort, mais supposé vivant à cette époque, se fût trouvé alors sous sa puissance immédiate.

3° *Posthume velléien.* — On appelle ainsi l'enfant ou descendant d'un degré quelconque qui naît du vivant du testateur et en sa puissance immédiate, mais après la confection du testament. Il est clair que, d'après les principes, cet enfant, pas plus que le posthume proprement dit, ne pouvait être institué ou exhérédé, n'étant ni *suus heres* ni même personne certaine au jour où le père de famille testait. Bien que l'inconvénient fût moindre ici que dans les précédentes hypothèses, la loi Junia Velléia, rendue en l'an de Rome 763 ou 799, permit néanmoins au testateur d'instituer ou d'exhéréder cet enfant afin d'éviter la rupture de son testament et la nécessité de le refaire (L. 29 § 12, *De lib. et post.* — Ulp., XXII § 19) (1).

4° *Quasi-posthume velléien.* — Dans un second chapitre, cette même loi Junia Velléia s'occupa des petits-enfants déjà nés au jour de la confection du testament, mais encore séparés du testateur par l'intermédiaire de leur père. Que celui-ci vienne à mourir, à être émancipé ou à sortir d'une façon quelconque de la puissance de l'aïeul encore vivant, ses enfants prennent sa place comme héritiers siens (*succedunt in sui heredis locum*) et cela entraîne la rupture du testament, rupture inévitable d'après la rigueur des principes : le testateur, en effet, a bien pu les instituer, puisqu'à la différence des trois précédentes classes de posthumes, ils n'étaient pas personnes incertaines; mais il n'a pu ni les instituer à titre de *sui heredes* ni les exhéréder. Or, c'est là justement ce que la loi Junia Velléia vint lui permettre (§ 2 *sup.* — L. 29 § 13, *De lib. et post.*) (2).

(1) Les trois classes de posthumes dont je viens de parler sont toutes comprises dans le paragraphe 1, *De exheredatione liberorum* (*sup.*).

(2) C'est à quoi Scévola (L. 29 § 15, *De lib. et post.*) fait allusion en disant de la seconde disposition de la loi Velléia : *Non permittit institui, sed vetat rumpi.*

A. 5° *Posthume Julien.* — Il s'agit ici du petit-enfant qui, né du vivant de son père et de son aïeul, mais après que celui-ci a déjà testé, passe ensuite, par le prédécès du père, sous la puissance immédiate de l'aïeul. Ce petit-enfant n'est protégé ni par le premier chapitre de la loi Julia Velléia, puisqu'au moment de sa naissance un intermédiaire le séparait du testateur, ni par le second chapitre, puisqu'il ne vivait pas encore au jour de la confection du testament. Et cependant, né plus tard, c'est-à-dire entre le décès de son père et celui de son aïeul, il aurait pu, d'après le premier chapitre de la loi, être institué ou exhérédé; né plus tôt, c'est-à-dire avant que l'aïeul testât, il aurait pu l'être d'après le second chapitre. Il semble donc que la combinaison des deux chapitres implique la même doctrine dans notre hypothèse; et c'est ce qu'admit le jurisconsulte Julien (L. 29 § 15, *De lib. et post.*), d'où le nom donné à cette sorte de posthume.

A. Là ne s'arrêta pas la jurisprudence romaine, et un texte remarquable de Tryphoninus (L. 28 § 1, *De lib. et post.*) va me fournir la formule générale qui résume et complète tous les développements précédents : le jurisconsulte suppose qu'un fils de famille, père lui-même d'un enfant déjà né, a testé *de peculio castrensi.* Si plus tard ce testateur devient *sui juris* par le décès de son père, verra-t-il son testament rompu par la quasi-agnation du fils que jusque-là il n'avait pas en sa puissance et qui désormais devient *suus heres?* Oui, en principe; mais par une institution ou une exhérédation le testateur a pu prévenir ce résultat, et le jurisconsulte en rend cette raison que le fils est tombé en la puissance de son père naturellement et sans l'intervention d'aucun fait juridique (*nullo circa eum novo facto et ordine quodam naturali*). Je conclus donc par la règle suivante : A pu être institué comme *suus* ou exhérédé à l'avance tout individu qui plus tard acquiert cette qualité, soit par l'effet immédiat de sa naissance, soit par la mort d'un ou de plusieurs ascendants, soit par tout autre fait qui les retranche de la famille sans l'atteindre lui-même (1). Ce sont toutes ces personnes que l'on appelle posthumes ou quasi-posthumes; posthumes, si elles ne naissent qu'après la confection du testament; quasi-posthumes, lorsqu'elles sont nées antérieurement.

Quant à la forme dans laquelle le posthume ou le quasi-posthume

(1) Il est facile de voir que cette formule embrasse des cas que je n'ai pas expliqués. Par exemple, elle s'applique au petit-enfant dont le père, captif et au jour de la confection du testament et au jour du décès du testateur, meurt ensuite *apud hostes* (L. 29 § 6, *De lib. et post.*).

peuvent être exhérédés, on admit d'abord la distinction que le droit civil avait établie, à l'égard des *sui heredes* actuels, entre l'enfant mâle du premier degré et les autres descendants. L'exhérédation du fils posthume dut donc, à peine de nullité, être faite *nominatim*, celle des filles et des petits-enfants put être faite *inter ceteros;* seulement, à raison du vague de la formule *ceteri exheredes sunto*, le testateur qui exhérédait ainsi des filles ou des petits-enfants devait leur laisser un legs, si minime qu'il fût, afin de bien marquer qu'il n'avait pas limité sa pensée à des héritiers siens actuels. Plus tard, sous l'influence sans doute de la théorie de l'exhérédation prétorienne, la pratique exigea que tous les posthumes mâles, quel que fût leur degré, fussent exhérédés *nominatim;* et Ulpien, tout en constatant la véritable règle, recommande de s'attacher, pour plus de sûreté, à la distinction établie par la pratique entre les posthumes des deux sexes (Ulp., XXII §§ 22 et 23). Rien d'étonnant donc si Justinien présente cette distinction comme constituant elle-même la règle ancienne (§§ 1 et 2 *sup.*, *De exhered.*). Quant à lui, rompant avec les traditions antérieures, il exige que tout posthume, comme tout *suus heres* actuel, soit exhérédé *nominatim* (§ 5, *De exhered.*).

339 *a.* En dehors de la classe nombreuse des posthumes et des quasi-posthumes, restent : 1° l'adopté et l'adrogé; 2° la femme tombée *in manum;* 3° le fils de famille mancipé une première ou une seconde fois par son père, puis affranchi par le tiers qui le tenait *in mancipio;* 4° l'enfant qui tombe sous la puissance paternelle par l'*erroris causæ probatio* (1); 5° les enfants légitimés; 6° ceux qu'une *restitutio per omnia* relève des conséquences d'une condamnation criminelle emportant perte de la cité ou de la liberté. — Pour toutes ces personnes, l'acquisition de la qualité de *suus* n'est que le résultat artificiel d'un fait juridique. Faut-il donc dire que, même instituées ou exhérédées à l'avance, elles rompent néanmoins le testament? Un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien décida négativement pour le cas spécial où l'*erroris causæ probatio* n'aurait eu lieu qu'après la mort du père, c'est-à-dire alors que le testament ne pouvait plus être refait (Gaius, II, § 143). Mais à l'époque de Gaius (II, §§ 138 à 142) c'était là certainement un droit exceptionnel. La question est donc de savoir si la règle encore constatée par ce jurisconsulte fut modifiée après lui. Les éléments de solution fournis par les textes ne sont pas nombreux. D'une

(1) Je ne parle pas des enfants qui deviennent *sui heredes* par la *causæ probatio*, puisque leur père, Latin Junien jusque-là, n'a pas encore pu tester.

part, Scévola (L. 18, *De inj. rupt.*) et Papinien (L. 23 § 1, *De lib. et post.*), le premier avec quelque hésitation, mais le second très-affirmativement, décident que lorsque le testateur adopte ou adroge une personne qu'il a déjà instituée, son testament n'est pas rompu pour cela. Et comme il n'y a pas de raison pour soumettre ces hypothèses à des règles spéciales, j'incline fort à croire que dans le dernier état du droit classique le testament subsiste toujours nonobstant l'agnation ou la quasi-agnation d'un *suus* déjà institué. D'autre part, nous voyons que le testateur adrogeant une personne qu'il a antérieurement exhérédée, son testament subsiste bien dans le cas exceptionnel où l'adrogé est un descendant qu'il avait émancipé, mais est rompu si cet adrogé est un *extraneus* (L. 23 pr., *De lib. et post.* — L. 8 §§ 7 et 8, *De bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4). C'est donc qu'en principe une exhérédation anticipée ne prévient pas la rupture, et en effet l'exhérédation n'a de sens, comme le dit Gaius (II, § 140), qu'à l'égard de ceux qui ont actuellement la qualité de *sui heredes* et qui peuvent se dire copropriétaires des biens du testateur. Cette raison logique est d'ailleurs fortifiée par une raison d'équité : car l'exhérédation ne saurait être vue avec la même faveur que l'institution.

III. — DE LA RUPTURE DU TESTAMENT PAR LA CONFECTION D'UN NOUVEAU TESTAMENT.

Lib. II, tit. XVII, *Quibus modis testamenta infirmantur*, § 2. — Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur; nec interest exstiterit aliquis heres ex eo, an non; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam

De même un second testament valablement fait rompt le testament antérieur, et peu importe qu'il produise ou non un héritier; c'est assez en effet, qu'il eût pu en produire un. Et en conséquence, si l'institué ne veut pas être héritier, s'il meurt du vivant du testateur ou même après sa mort, mais avant d'avoir fait adition, ou si la condition sous

(1) Les deux jurisconsultes ne statuent pas absolument sur la même hypothèse. Scévola suppose que l'institué est adopté *loco filii;* d'après le pur droit civil, cela devrait entraîner rupture immédiate du testament. Papinien, au contraire, suppose l'institué adopté *quasi nepos ex filio adhuc vivo*, puis tombant sous la puissance immédiate du testateur par le prédécès du fils qui lui a été assigné pour père. Ici la rupture du testament ne peut pas résulter de l'adoption elle-même, mais seulement de la quasi-agnation qui s'opère plus tard. Si Papinien n'hésite pas à maintenir le testament, c'est que cette hypothèse lui paraît comparable à celle du quasi-posthume velléien qui aurait été institué.

hereditatem adiret, decesserit; aut conditione sub qua institutus est defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur; nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius æque nullas habet vires, quum ex eo nemo heres exstiterit (Gaius, II, § 144).

laquelle il est institué vient à défaillir, dans tous ces cas le père de famille meurt intestat; car le premier testament ne vaut rien, ayant été rompu par le second, et le second lui-même est sans force, puisqu'il n'a pas abouti à donner un héritier.

§ 3. — Sed et si quis, priore testamento jure perfecto, posterius æque jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba inseri jussimus, quum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum est. « Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano : Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum ut, contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia (1), hereditatem restituat his qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. » Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur (Marcian., L. 29, *ad. s. c. t. Trebell.*, XXXVI, 1).

Mais si celui qui avait fait un premier testament valable en fait un second également valable, bien qu'il y institue un héritier pour des choses déterminées, le précédent testament est nul d'après un rescrit des divins Sévère et Antonin. Nous avons voulu qu'on insérât ici les termes mêmes de cette constitution, attendu qu'elle contient encore quelque chose de plus : « Les empereurs Sévère et Antonin à Coccéius Campanus: Un second testament, bien qu'instituant un héritier pour des choses déterminées, est aussi valable que s'il ne contenait pas la mention de ces choses; mais l'héritier inscrit est tenu de se contenter des choses qui lui sont données ou du complément de sa quarte d'après la loi Falcidia, et de restituer l'hérédité à ceux qui ont été institués dans le premier testament, cela à raison de la clause du second testament portant que le premier restera valable. » Et ainsi le premier testament est rompu.

§ 7. — Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere : usque adeo ut etsi quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit, et aut mortalitate præventus,

Mais un testament ne peut être infirmé par cela seul que plus tard le testateur a voulu qu'il cessât de valoir : à tel point que si celui qui a fait un premier testament en commence un second, et que, prévenu

(1) Plus exactement, l'on eût écrit *ex senatusconsulto Pegasiano.*

aut quia cum ejus rei pœnituit, non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ (1) fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint; nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

§ 8. — Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus qui litis causa (2) principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura cui juris auctoritas desit aliquid adepturum. Secundum hæc Divi Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt : licet enim, inquiunt, legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus (3).

par la mort ou changeant de volonté, il ne l'achève pas, un discours du divin Pertinax porte que le premier testament ne cesse pas de valoir tant que le second n'est pas régulier et parfait; car un testament inachevé est certainement nul.

Le même discours exprime que l'empereur répudiera la succession de celui qui l'aura institué en vue d'un procès, qu'il réprouvera le testament dont on aura voulu couvrir l'irrégularité en l'instituant, enfin qu'il n'acceptera aucune institution faite de vive voix ou dans un écrit sans valeur juridique. Les divins Sévère et Antonin ont souvent rendu des rescrits dans ce sens. Bien qu'affranchis des lois, disent-ils, nous nous conformons néanmoins aux lois.

340. Il faut examiner ici dans son ensemble la théorie, d'ailleurs fort simple, de la révocation des testaments. La règle générale est que le changement de volonté, même le plus certain, ne suffit pas (§ 7 *sup.*). La révocation ne peut résulter que de trois faits : 1° destruction volontaire de l'acte matériel qui contient les dispositions testamentaires (L. 20, *De inj. rupt.*, XXVIII, 3) ; 2° radiation volontaire de toutes les institutions (L. 1 § 3 ; L. 2, *De his quæ in test. del.*, XXVIII, 4) ; 3° con-

(1) *Ruptæ* serait plus exact.

(2) Ceci suppose que le testateur intéressé dans un procès institue l'empereur, pensant qu'un tel adversaire ne saurait avoir tort devant la justice. En s'engageant à répudier de telles institutions, Pertinax fait acte de pure délicatesse, puisqu'en règle générale la validité des dispositions testamentaires est indépendante du motif qui les a inspirées. On peut rapprocher de la décision de Pertinax celle que Dion Cassius (LX, 6) attribue à Claude : ce prince aurait défendu aux personnes qui avaient des parents d'instituer l'empereur. Mais certainement cette jurisprudence ne fut pas suivie par tous ses successeurs.

(3) Ce paragraphe, dont les dernières lignes seules présentent un intérêt réel (n° 16), ne paraît guère à sa place. Voici comment on peut l'expliquer : l'empereur institué *litis causa, ex nuda voce* ou *tabulis non legitime factis*, ne se croira pas institué valablement. Donc s'il y a un testament antérieur à cette institution, il ne sera pas rompu et conservera tous ses effets.

fection d'un testament postérieur. Sur ce troisième mode de révocation quelques détails sont nécessaires.

Pour opérer révocation ou rupture du premier testament, le second doit d'abord être matériellement complet, sans quoi il n'a d'autre valeur que celle d'un projet non réalisé (§ 7 *sup.*); il doit de plus satisfaire à toutes les règles dont l'observation est prescrite à peine de nullité (§ 2 *sup.*) (1). Ces deux conditions remplies, le premier testament, bien qu'il ait conservé son existence matérielle sans la moindre altération, tombe immédiatement. Il tombe, quel que soit plus tard le sort du second, quand même par conséquent l'institué refuserait de faire adition ou en serait empêché par un cas fortuit, par exemple par son prédécès ou par la défaillance de la condition sous laquelle il était institué (§ 2 *sup.*).

Quoique révoqué, le premier testament produit encore des effets considérables, si l'on trouve dans le second la clause *ut priores tabulæ valeant*. Mais, au lieu de valoir comme testament, il ne vaut plus que comme codicille, et ses dispositions ne s'exécutent qu'à titre de fidéicommis (L. 12 § 1, *De inj. rupt.*) ; d'où il résulte, entre autres conséquences essentielles, que l'héritier institué dans le second testament peut, en vertu du sénatus-consulte pégasien, retenir le quart de l'hérédité. Les institués et les légataires du premier testament se trouvent donc réduits entre eux tous aux trois quarts.

Cette clause *ut priores tabulæ valeant* est présumée sous-entendue, au moins dans le dernier état du droit, toutes les fois que le second testament institue un seul héritier *ex certa re*. Ce qu'il faut d'abord bien comprendre, c'est qu'une telle institution, étant réputée pure et simple (n° 319), suffit toujours à emporter rupture du premier testament. Quant à l'intention de transformer la première institution en un fidéicommis d'hérédité, elle ressort avec clarté du rapprochement de ces deux faits : le testateur n'a pas anéanti son premier testament, et il a limité les droits du second institué à un objet déterminé sans exprimer qu'il entendait retirer tout effet au premier testament. Telle est la décision que nous trouvons dans un texte de Marcien (L. 29, *Ad*

(1) A ce principe l'ancien droit faisait exception lorsque la nullité dérivait seulement d'un défaut de forme et que le second testament instituait des héritiers appelés *ab intestat* (L. 2, *De inj. rupt.*). Il faut rapprocher de cette décision celle de Théodose sur la validité *inter liberos* des testaments entachés d'un vice de forme (page 843, note 1).

sct. Treb., XXXVI, 1) (1). Est-ce à dire qu'il y ait pleine assimilation entre cette hypothèse et celle d'un héritier que le testateur aurait institué *ex asse* et expressément astreint à l'exécution du premier testament? Non, et en effet : 1° tandis que l'institué pour le tout restitue *ex senatusconsulto Pegasiano*, l'institué *ex certa re* restitue *ex senatusconsulto Trebelliano* (n° 406); 2° l'institué pour le tout ne retient qu'un quart de l'hérédité, et il le prend sur toutes les valeurs héréditaires. Au contraire, l'institué *ex certa re* retient la *certa res* tout entière, fût-elle supérieure au quart de l'hérédité; et si elle est inférieure, il doit la précompter sur son quart et ne peut prendre sur les autres valeurs héréditaires que le complément de sa quarte (§ 3 *sup.*).

En dehors de ces hypothèses où le testament rompu revit en quelque sorte, et cela par une application régulière de la théorie des fidéicommis, on peut dire que tout testament révoqué par l'un des trois modes précédents reste absolument nul et sans effet d'après le droit civil (2).

A. La théorie de la révocation des testaments fut gravement modifiée par Théodose le Jeune (L. 6., C. Th., *De test.*, IV, ~~1~~). Désormais la validité du testament s'épuisa par la simple expiration d'un délai de dix ans. Ce nouveau mode de révocation, tout à fait contraire aux principes et d'autant plus dangereux qu'au bout de dix ans le testateur pouvait avoir perdu la capacité de tester, subsista jusqu'à Justinien. Ce prince, en le supprimant, en retint toutefois ceci : le délai de dix ans resta suffisant pour confirmer un acte de révocation par lui-même impuissant, pourvu que cet acte eût été fait dans la forme authentique (*apud acta*) ou en présence de trois témoins capables (L. 27, C., *De test.*, VI, 23).

(1) Marcien reproduit ici un rescrit des empereurs Septime Sévère et Caracalla qui est également rapporté aux Institutes (§ 3 *sup.*). Or aux termes de ce rescrit, il faudrait que la clause *ut priores tabulæ valeant* fût exprimée dans le second testament; sinon, le premier serait purement et simplement rompu, et l'héritier institué *ex certa re* garderait l'hérédité tout entière. Mais le texte de Marcien ajoute que la décision du rescrit doit s'appliquer par cela seul que le second testament garde le silence sur le premier et n'exprime pas qu'il restera sans effet. De là une difficulté : la phrase qui termine le texte de Marcien lui appartient-elle? ou a-t-elle été ajoutée par Justinien? La première opinion me paraît plus vraisemblable.

(2) Cependant la toute-puissance des empereurs dérogea quelquefois à ces règles pour des motifs d'équité. Par exemple on les voit maintenir les legs mis à la charge d'une institution radiée (L. 3, *De his quæ in test. del.*), ou restituer l'héritier inscrit dans le premier testament, attendu que le testateur le croyait mort au moment où il changeait ses dispositions (L. 92, *De hered. inst.*).

IV. — DES TESTAMENTS DEVENUS *irrita* PAR LA *capitis deminutio* DU TESTATEUR.

Lib. II, tit. XVII, *Quibus modis testamenta infirmantur*, § 4. — Alio quoque modo testamenta jure facta infirmantur, veluti quum is qui fecit testamentum, capite deminutus sit. Quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.

§ 5. — Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioquin et quæ rumpantur irrita fiant, et quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sunt, et ea quæ jure facta sunt et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere; sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri (Gaius, II, § 146) (1).

Les testaments deviennent encore nuls d'une autre manière, par exemple si celui qui a testé subit une *capitis deminutio*. Or en quels cas cela arrive, c'est ce que nous avons fait connaître dans le premier livre.

On dit en ce cas que les testaments deviennent *irrita*, et l'on pourrait en dire autant de ceux qui sont rompus ou qui ont été nuls dès le principe. De même rien n'empêcherait de qualifier rompus les testaments qui valablement faits sont ensuite devenus *irrita* par la *capitis deminutio*. Mais comme il était plus commode d'avoir un mot spécial pour chaque cas spécial, on dit de certains testaments qu'ils ne sont pas valablement faits, et de certains qui ont été valables que les uns sont rompus et que les autres deviennent *irrita*.

341. Sur le testament *irritum* je n'ai que trois observations à présenter :

1° L'émancipation d'un fils de famille qui a testé *de peculio castrensi* ne fait pas évanouir son testament, et cela encore que déjà devenu vétéran il ait par voie de conséquence perdu les priviléges militaires (L. 6 § 13, *De inj. rupt.*). Cette décision se fonde sur ce qu'étant réputé père de famille relativement au pécule *castrense*, par cela même il ne saurait être traité comme émancipé à l'égard de ce pécule (2).

(1) L'observation que Justinien emprunte ici à Gaius aurait dû conduire à distinguer par des mots différents les deux causes de rupture du testament. Du reste, il ne paraît pas que le sens du mot *irritum* fût aussi rigoureusement déterminé qu'on pourrait le croire d'après ce paragraphe (page 844, note 1).

(2) Il faut évidemment décider de même lorsque le fils de famille, au lieu d'être émancipé, a été donné en adoption.

Toutefois elle entraîne une conséquence qui dépasse peut-être la portée de ce motif : c'est que l'effet du testament, au lieu de rester limité aux *bona castrensia*, s'applique désormais au patrimoine entier tel qu'il se trouvera au décès du testateur (L. 19 § 2, *De castr. pec.*, XLIX, 17).

2° Il y a quelques cas où la nullité du testament se produit après la mort du testateur par une sorte de *maxima* ou de *media capitis deminutio* posthume. Ce sont les cas exceptionnels où la confiscation est autorisée *post mortem* (L. 6 §§ 7 et 11, *De inj. rupt.* — N° 486).

3° Lorsque le testateur qui a subi une *maxima* ou une *media capitis deminutio* obtient du prince la *restitutio per omnia*, son testament redevient valable même en droit civil : Ulpien, en effet, assimile ce testament à celui d'un captif de retour (L. 6 § 12, *De inj. rupt.*).

V. — DES DISPOSITIONS DU DROIT PRÉTORIEN A L'ÉGARD DES TESTAMENTS ROMPUS OU *irrita*.

Lib. II, tit. XVII, *Quibus modis testamenta infirmantur*, § 6. — Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta propter capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam, si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis Romanus et suæ potestatis mortis tempore fuerit : nam, si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere (Gaius, II, § 147).

Cependant les testaments qui, valables au début, sont devenus nuls par la *capitis deminutio*, ne restent pas absolument dépourvus d'effet. Car, s'ils portent le cachet de sept témoins, l'héritier inscrit peut demander la *bonorum possessio secundum tabulas*, pourvu que le défunt soit mort citoyen romain et *sui juris ;* mais, si le testament est devenu nul parce que le testateur a perdu la cité ou même la liberté, ou parce qu'il s'est donné en adoption et qu'au jour de son décès il se trouve encore sous la puissance de l'adoptant, l'héritier inscrit ne peut pas demander la *bonorum possessio secundum tabulas*.

342. Il arrive fréquemment qu'un testament étant rompu ou devenu *irritum*, le préteur le fait néanmoins exécuter en donnant la *bonorum possessio secundum tabulas* aux héritiers institués. Pour cela deux con-

ditions sont absolument indispensables : 1° il faut que le testament ait été fait selon les formes prétoriennes ; 2° il faut que le testateur soit mort citoyen romain et *sui juris*, en d'autres termes capable d'avoir un testament, sinon de le faire. Ces deux conditions sont seules mentionnées par Ulpien (XXIII § 6), par Gaius (II, § 147) et par les Institutes (§ 6 *sup.*) (1). Mais elles ne suffisent pas toujours, comme on va le voir par une revue des trois grandes hypothèses qui peuvent se présenter :

1° Le testament a été rompu par l'agnation ou la quasi-agnation d'un héritier sien. — Ici, la *bonorum possessio secundum tabulas* n'est donnée qu'autant qu'il n'y a pas lieu à la *bonorum possessio contra tabulas*. Or, cela suppose, ou que le nouvel *heres suus* a été institué, même à une époque où il n'était ni *suus* ni assimilé aux *sui* (L. 3 § 11, *De bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4), ou qu'ayant été omis ou irrégulièrement exhérédé, il est mort ou devenu incapable *vivo testatore* ou a répudié la *bonorum possessio contra tabulas* (n° 334).

2° Le testament a été rompu par un testament postérieur. — Ici l'exécution du premier testament suppose qu'il existe matériellement, et que, dans l'intention de lui rendre son effet, le testateur a anéanti le second (L. 11 § 2, *De bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11) (2).

3° Enfin, le testament est devenu *irritum* par la *capitis deminutio* de son auteur. — S'agit-il d'une *maxima* ou d'une *media capitis deminutio :* les deux conditions indiquées par les Institutes suffisent (3). S'agit-il au contraire d'une *minima capitis deminutio :* il faut de plus que le testateur, redevenu *sui juris*, ait manifesté la volonté de maintenir ses dispositions, sans quoi l'institué demandant la *bonorum possessio secundum tabulas* se verrait repoussé par une exception de dol. Telle est du moins, en ce qui concerne l'adrogé, la doctrine formelle de Papinien (L. 11 § 2, *De bon. poss. sec. tab.*), doctrine fondée sur ce

(1) D'après le texte des Institutes, il semblerait que la *bonorum possessio secundum tabulas* ne soit jamais accordée en vertu d'un testament *ruptum*. Mais il y a là une omission, comme le démontrent avec évidence les textes de Gaius et d'Ulpien.

(2) La *bonorum possessio secundum tabulas* n'est jamais accordée en vertu d'un testament que le testateur a détruit ou dans lequel il a effacé les institutions (L. 2 § 7, *De bon. poss. sec. tab.*).

(3) Si Justinien (§ 6 *sup.*) avance que le préteur ne fait jamais exécuter le testament d'un homme qui a perdu la liberté ou le droit de cité, c'est qu'il écarte l'hypothèse rare d'une *restitutio per omnia*, hypothèse dans laquelle évidemment le préteur ne pouvait pas se montrer plus sévère que le droit civil (n° 341).

qu'en consentant à cesser d'être *sui juris*, l'adrogé a implicitement consenti à perdre son testament (1). Or ce motif s'applique avec même force aux autres personnes dont la *minima capitis deminutio* a pu annuler le testament, c'est-à-dire aux femmes tombées *in manum* et aux enfants légitimés.

DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

SOMMAIRE : I. Classification des héritiers. — II. Des héritiers simplement nécessaires. — III. Des héritiers siens et nécessaires. — IV. Des héritiers externes et de l'hérédité jacente. — V. De l'adition et de la répudiation. — VI. Des effets de l'une et de l'autre.

I. — CLASSIFICATION DES HÉRITIERS.

Lib. II, tit. XIX, *De heredum qualitate et differentia*, pr. — Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei (Gaius, II, § 151).

Mais les héritiers sont dits nécessaires, siens et nécessaires, ou externes.

343. Les héritiers se divisent d'abord en deux grandes classes, les héritiers nécessaires, et les héritiers externes ou volontaires. Comme l'indiquent ces dénominations si expressives, l'héritier nécessaire est saisi de plein droit dès que l'hérédité lui est déférée; qu'il le veuille ou ne le veuille pas, il continue immédiatement la personne du défunt, tandis que l'héritier externe ou volontaire demeure étranger à l'hérédité tant qu'il ne l'a pas acceptée, et la répudie, s'il lui plaît. Aux uns donc l'hérédité est imposée, aux autres elle n'est qu'offerte. La classe des héritiers nécessaires ne comprend que des esclaves institués par leur maître et des descendants institués par le père de famille ou venant *ab* intestat (2). Mais entre ces deux sortes de personnes on fait une grande différence : tandis que l'esclave n'est qu'héritier nécessaire, les descendants sont en même temps appelés héritiers siens, parce que leur droit à l'hérédité n'est qu'une suite et une transfor-

(1) D'après quelques interprètes, cette doctrine aurait disparu sous Justinien, attendu que l'adrogé conserve la nue propriété de ses biens. Mais ces interprètes oublient que sous Justinien, comme anciennement, l'adrogé perd le droit de tester. Il a donc consenti à annuler son testament, et par conséquent ne peut le faire revivre que par une nouvelle volonté.

(2) Aux esclaves le droit ancien assimilait ici les individus *in mancipio;* aux descendants, les femmes *in manu* (Gaius, II, §§ 159 et 160).

mation de la copropriété qu'on leur reconnaissait sur les biens du père vivant (n° 76). Nous aboutissons donc, en dernière analyse, à distinguer trois catégories d'héritiers : les héritiers simplement nécessaires, les héritiers siens et nécessaires, et les héritiers externes. Il est évident que les deux premières catégories sont tout à fait exceptionnelles et qu'en règle générale les héritiers sont externes (1).

II. — DES HÉRITIERS SIMPLEMENT NÉCESSAIRES.

Lib. II, tit. XIX, *De heredum qualitate et differentia*, § 1. — Necessarius heres est servus heres institutus, ideo sic appellatus, quia, sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris liber et necessarius heres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo aut etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris, a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea quæ post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur; et quamvis bona defuncti non suffecerint creditoribus, iterum ex ea causa res ejus quas sibi adquisierit, non veneunt (Gaius, II, §§ 153 à 155).

Est héritier nécessaire l'esclave institué par son maître; et on l'appelle ainsi, parce que, qu'il le veuille ou ne le veuille pas, de toute façon la mort du testateur le rend libre et héritier nécessaire. Aussi les personnes qui ont des doutes sur leur solvabilité ont-elles l'habitude d'instituer leur esclave au premier, au second ou même au dernier degré, afin que leurs créanciers, s'ils ne reçoivent pas satisfaction, possèdent, vendent ou se partagent les biens de l'héritier plutôt que ceux du testateur lui-même. Mais en compensation de ce désavantage, on permet à l'esclave de se réserver les biens qu'il viendrait à acquérir après la mort de son patron, et alors, quoique le patrimoine du défunt ne suffise pas à désintéresser ses créanciers, ceux-ci ne peuvent pas vendre les biens que l'esclave aurait acquis pour lui-même.

344. Pour que l'esclave devienne héritier nécessaire de son maître, deux conditions doivent s'ajouter à celle d'une institution régulièrement faite : 1° il faut que la liberté lui soit acquise en vertu du testament et au même instant que l'hérédité, ce qui implique qu'il était

(1) Dans les successions *ab* intestat il ne peut pas y avoir d'héritiers simplement nécessaires.

encore la propriété du testateur mourant (1). Mais il n'est pas nécessaire pour cela qu'il lui ait appartenu sans interruption depuis le jour de la confection du testament. Donc, que le maître l'ait aliéné même à un pérégrin ou à toute autre personne qu'il n'aurait pas pu instituer, cela sera indifférent s'il l'a racheté avant de mourir; et peu importe que l'esclave ait ainsi perdu pour quelque temps la *factio testamenti* avec le testateur (L. 9 § 16; L. 50 pr., *De hered. inst.*, XXVIII, 5) (2); 2° il faut qu'il doive la liberté à la pure générosité du maître. Si donc celui-ci était tenu de l'affranchir, par exemple en vertu d'un fidéicommis ou parce qu'il l'avait acheté sous cette condition, l'esclave n'est pas héritier nécessaire (3); car le maître vivant n'eût pu lui refuser la liberté (L. 84, *De hered. inst.*) (4).

Ces deux conditions nous disent clairement pourquoi l'esclave fut considéré comme héritier nécessaire : c'est que le maître peut, en l'affranchissant, lui imposer, comme prix de l'acquisition de la liberté, telles charges qu'il lui plaît. Or l'investiture de l'hérédité n'est qu'une charge que la loi elle-même impose à l'affranchi par interprétation de la volonté du testateur. Sans doute, si l'hérédité est solvable, il est avantageux pour l'esclave de se trouver de plein droit et définitivement saisi dès le moment du décès (5). Mais si elle est insolvable, et c'est

(1) Cependant l'esclave institué par un maître qui meurt captif est réputé *necessarius*, bien qu'en réalité il ait été *res nullius* pendant un temps plus ou moins long (L. 12, *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1).

(2) On applique ici la règle *Media tempora non nocent*, que les Institutes posent seulement à l'égard des héritiers externes (§ 4, *De hered. qual. et diff.*). On peut rapprocher la loi 46, *De manum. test.* (XL., 4).

(3) Supposons que l'obligation d'affranchir soit subordonnée à une condition encore pendante au moment où le maître décède, l'esclave est provisoirement traité comme héritier; mais par l'événement de la condition il se transforme en héritier externe (L. 3 § 3, *De her. inst.*, XXVIII, 5).

(4) Voici une hypothèse dans laquelle les deux conditions requises manquent l'une et l'autre : Le maître, après avoir affranchi et institué son esclave *sub conditione*, est mort assassiné. L'esclave dénonce le meurtre, et à titre de gratification le préteur lui donne la liberté, la condition étant encore pendante. Il est visible que cet esclave n'acquiert pas la liberté *ex testamento* et qu'il ne la doit pas au défunt. Il ne sera donc pas héritier nécessaire (L. 90, *De hered. inst.*).

(5) Un texte de Paul (L. 42, *De hered. inst.*) a fait conjecturer que sous l'empire des lois caducaires l'esclave ne devenait libre et héritier qu'après l'*apertura tabularum*. Cette conjecture ne me paraît plausible que pour le cas où il n'était pas seul institué; car ces lois se proposaient de multiplier les *caduca*, mais non pas d'ajouter aux chances que le testateur pouvait avoir de mourir intestat. L'ancienne règle fut donc conservée en principe, et voilà pourquoi Gaius la présente comme encore vivante (Gaius, II, § 153). Du reste, rien de pareil quant aux héritiers siens (L. 3 § 4, *De hered. inst.* — L. 3, *De jur. delib.*, ~~XXVIII, 8).~~ C. 6. 30.

certainement dans la prévision spéciale de cette hypothèse que la loi le déclare héritier nécessaire (§ 1 *sup.*), cette qualité entraîne pour lui deux conséquences très-graves :

1° Les créanciers du défunt, procédant à la vente de ses biens *per universitatem*, les vendent comme biens de l'héritier. C'est donc le nom de celui-ci qui figure dans les affiches (*proscriptiones*) destinées à appeler les acheteurs; et l'infamie, conséquence ordinaire de la *bonorum venditio*, épargne la mémoire du maître qui s'est endetté, mais elle atteint l'esclave innocent de ces dettes (1). Quelque dure que paraisse cette législation, elle n'a rien de trop choquant, si l'on songe qu'après tout les nombreuses incapacités qui dérivent de l'infamie ne font qu'amoindrir, sans le détruire, le bienfait de la liberté acquise à l'esclave. Aussi se maintint-elle sans modifications, tant que subsista la *bonorum venditio* elle-même, c'est-à-dire jusqu'à la fin de l'époque classique (Théoph., sur le § 1 *sup.*) (2).

2° Si la vente des biens héréditaires ne donne pas de quoi payer l'intégralité des dettes, l'esclave reste personnellement tenu pour l'excédant. Par conséquent, les créanciers sont autorisés à vendre les biens qui lui adviendraient plus tard d'une manière quelconque, et même à l'emprisonner, comme tout débiteur insolvable (3). Par là l'acquisition de la liberté lui crée une situation souvent pire en fait que sa condition antérieure. Aussi le préteur vint-il à son secours en introduisant la *bonorum separatio* (4). Pour jouir de ce bénéfice, l'héritier nécessaire n'a qu'à le demander au magistrat avant d'avoir fait aucun

(1) Sabinus avait proposé d'exempter l'esclave de l'infamie, attendu qu'il subissait la *bonorum venditio* par suite du fait d'autrui. Mais la pratique n'accepta pas cette opinion (Gaius, II, § 154), sans doute parce que l'esclave avait la ressource de faire la *bonorum cessio* (n° 781).

(2) Sous Justinien, les créanciers se font envoyer en possession des biens pour les vendre en détail, et, au besoin, se les partager en nature. Ce droit de partage est l'équivalent du *jus impetrandi dominii* qui appartient au créancier hypothécaire ordinaire; il dérive du *pignus prætorium* dont les créanciers sont investis par l'envoi en possession. Ainsi s'expliquent ces mots des Institutes (§ 1 *sup.*) *possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur* (n° 788).

(3) Dans le droit primitif des Douze Tables, l'héritier nécessaire devait être soumis à des voies d'exécution personnelles encore plus rigoureuses : il pouvait être vendu *trans Tiberim* ou partagé en morceaux par les créanciers. Du reste, il convient de remarquer que l'emprisonnement dont je parle perdit dans notre espèce tout caractère pratique à partir du jour où la *bonorum cessio* eut été introduite (n° 780).

(4) Ce bénéfice fut inspiré par la même pensée que l'exception *quod onerandæ libertatis causa petitur*, par laquelle le préteur permettait à l'affranchi d'échapper aux charges excessives que son maître avait pu lui imposer en l'affranchissant (L. 1 §§ 5 et 6, *Quar. rer. act. non det.*, XLIV, 5).

acte d'immixtion dans les biens du défunt (L 1 § 18, *De separat.*, XLII, 6). L'avantage qu'il en retire est de s'affranchir de toute obligation personnelle envers les créanciers héréditaires, partant de soustraire à leurs poursuites tous les biens qu'il acquerra ultérieurement (1). On excepte toutefois les acquisitions qui auraient leur cause dans sa qualité d'héritier, et par exemple les biens qu'il recueillerait comme patron à la mort d'un Latin Junien affranchi par le testateur (Gaius, II, § 155; III, §§ 56 et 58).

III. — DES HÉRITIERS SIENS ET NÉCESSAIRES.

Lib. II, tit. XIX, *De heredum qualitate et differentia*, § 2. — Sui autem et necessarii heredes sunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate. Tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur : unde etiam, si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint, sive nolint,

Sont héritiers siens et nécessaires le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille issus d'un fils, et les autres descendants postérieurs, pourvu qu'ils fussent en la puissance du mourant. Mais, pour que le petit-fils et la petite-fille soient héritiers siens, il ne suffit pas qu'ils fussent en la puissance de leur aïeul au jour de sa mort; il faut que leur père ait cessé, du vivant de son propre père, d'être héritier sien, soit que la mort l'ait enlevé ou que de toute autre façon il ait été libéré de la puissance. Alors, en effet, le petit-fils ou la petite-fille prennent la place de leur père. Mais si les héritiers siens sont ainsi appelés, c'est que ce sont des héritiers pris dans la maison et que du vivant même de leur père ils sont en quelque sorte réputés propriétaires : et voilà pourquoi, lorsque le défunt est

(1) Un texte difficile (L. 1 § 18, *De separ.*) exprime que, grâce à la *separatio bonorum*, l'héritier nécessaire garde en propre même ce qui lui était dû par son maître. Pour trouver une application à cette décision, on peut supposer que le maître a été institué par un tiers et grevé d'un legs conditionnel envers son esclave. S'il meurt ayant institué cet esclave et que la condition encore pendante à son décès se réalise plus tard, elle se réalise utilement (Inst., § 32, *De leg.*, II, 20). L'esclave opposera donc aux créanciers héréditaires son droit au legs, soit par voie de prélèvement, si le legs est *per vindicationem*, soit par voie de concours, si le legs est *per damnationem*.

tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur (Gaius, II, §§ 156 à 158).

mort intestat, la succession est dévolue en premier lieu aux descendants. Que si on les appelle nécessaires, c'est que, soit qu'ils le veuillent ou non, qu'ils viennent *ab* intestat ou par testament, ils sont héritiers. Mais le préteur leur permet, s'ils le veulent, de s'abstenir de l'hérédité, afin que l'envoi en possession des créanciers porte de préférence sur les biens du père et non pas en même temps sur les leurs.

345. Sont héritiers siens et nécessaires soit les descendants que la mort du défunt rend *sui juris* (1), soit les posthumes légitimes ou aquiliens, c'est-à-dire ceux qu'elle rendrait tels si, au lieu d'être simplement conçus, ils étaient déjà nés. Du reste, il n'importe que le descendant acquière l'hérédité par lui-même ou par l'intermédiaire d'un individu placé en sa puissance, pourvu qu'elle lui soit acquise à l'instant même où elle lui est déférée. Ainsi, qu'un père ait exhérédé son fils pour instituer ou le petit-fils issu de lui ou l'esclave compris dans son pécule *castrense*, il est certain que, si l'institué reste *in eadem causa*, c'est le fils exhérédé qui acquerra l'hérédité, et il l'acquerra comme *necessarius*, car l'institué lui-même serait *necessarius* s'il recueillait pour son propre compte (L. 6 § 5, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2. — L. 18 pr., *De castr. pec.*, XLIX, 17) (2). Les seuls descendants qui échappent à la règle sont ceux que le père de famille a institués sous une condition dépendante de leur volonté, une telle condition n'ayant d'autre but que de les soustraire à l'investiture forcée et de les transformer en héritiers externes (L. 86 § 1, *De hered. inst.*).

Cette qualité d'héritiers nécessaires attribuée aux descendants du défunt se fonde logiquement sur ce qu'étant copropriétaires des biens de leur père vivant, ils ne pourraient pas sans contradiction se trouver dessaisis par son décès, ni par conséquent avoir besoin d'adition ou

(1) Grâce à la fiction de la loi Cornélia, les enfants du captif mort *apud hostes* sont traités comme *sui et necessarii*, bien qu'en réalité ils ne soient pas restés *alieni juris* jusqu'à la mort de leur père (L. 12, *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1).

(2) Supposons que le père de famille ait exhérédé son fils et institué un *extraneus*, et que lui mort, l'exhérédé adopte l'institué. Ce dernier restera héritier externe, donc ne rendra pas l'adoptant héritier nécessaire (L. 6 § 6, *De acq. vel omitt. her.*).

être admis à répudier. Ils sont donc *necessarii* parce qu'ils sont *sui*. A un point de vue plus pratique et plus rationnel, la doctrine romaine s'explique encore par les trois conséquences suivantes : 1° l'hérédité n'étant pas un seul instant jacente, le culte privé du défunt ne souffre aucune interruption; 2° le descendant acquiert l'hérédité malgré son extrême bas âge, son état de folie ou son absence, toutes circonstances qui rendraient une adition impossible (L. 63, *De acq. vel omitt. hered.* — Paul, IV, 8 § 5); 3° enfin, vînt-il à mourir immédiatement après son ascendant, il transmettrait le patrimoine paternel à ses propres héritiers. — En revanche, il est vrai, lorsque l'hérédité est insolvable, cette même qualité de *necessarius* l'expose, comme l'esclave institué par son maître, à l'infamie qui résulte de la *bonorum venditio* et à l'obligation indéfinie de payer les dettes héréditaires. Si le législateur romain ne recula pas devant la dureté de ces conséquences, ce fut sans doute sous l'empire d'une idée fausse qui remplit les littératures et les législations anciennes, celle de la transmission héréditaire des mérites et des démérites. Mais le préteur mieux inspiré protégea l'héritier sien et nécessaire en lui donnant le *jus abstinendi* (§ 2 *sup.*) (1). Ce bénéfice n'a pas besoin, comme la *bonorum separatio*, d'être demandé au magistrat : il suffit que l'héritier manifeste sa volonté d'une manière quelconque (2) et évite de s'immiscer dans l'hérédité, c'est-à-dire de faire aucun des actes qui, émanant d un héritier externe, emporteraient adition. Si même il s'agit d'un impubère, son immixtion n'entraîne pas déchéance du *jus abstinendi* (L. 12; L. 57 pr., *De acq. vel omitt. hered.*) (3).

(1) J'ai signalé (page 284, note 1) un cas où le *jus abstinendi* est donné à un héritier simplement nécessaire. On l'accorde aussi à l'héritier externe qui, ayant fait adition *metu*, a obtenu l'*in integrum restitutio* (L. 21 § 5, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 85, *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2).

(2) Qu'une manifestation de volonté soit nécessaire, en d'autres termes, que l'abstention ne se présume pas, voici deux décisions qui le prouvent. Le *suus* qui détourne un objet de l'hérédité est considéré comme voleur, s'il s'est déjà abstenu, sinon, comme déchu du droit de s'abstenir (L. 71 § 9, *De acq. vel omitt. hered.*). Or supposez que l'abstention se présumât; comment s'expliquerait cette distinction? Le *suus* ne pourrait-il pas toujours dire : je m'étais abstenu, j'aime mieux être obligé comme voleur que comme héritier? D'autre part, il me paraît certain qu'une déclaration de volonté n'est pas nécessaire. Le texte sur lequel on a fondé l'opinion contraire est absolument insignifiant (L. 71 § 4, *De acq. vel omitt. hered.*).

(3) Toutefois, en pareille hypothèse, les tiers qui ont traité de bonne foi avec le pupille, et cela implique avant tout la régularité de l'acte en la forme, peuvent opposer leurs droits aux créanciers envoyés en possession de l'hérédité (L. 44, *De acq. vel omitt. hered.* — L. 6 § 1, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5).

Si l'on essaye de caractériser la portée du *jus abstinendi*, on peut dire qu'il produit dans une certaine mesure les effets d'une répudiation sans ôter au *suus* sa qualité d'héritier (1). Voici d'abord en quoi il ressemble à une répudiation : 1° le *suus* est affranchi de toutes les conséquences fâcheuses de l'hérédité, non-seulement donc de l'obligation aux dettes, mais aussi de l'infamie attachée à la *bonorum venditio;* car les biens héréditaires sont possédés et vendus comme biens du défunt (Gaius, II, § 158). A ce point de vue, le *jus abstinendi* nous apparaît beaucoup plus largement protecteur que la *bonorum separatio*, et cela devait être : car si l'infamie se résout pour l'esclave en une simple diminution du bienfait de la liberté qu'il doit à son maître, pour le *suus* elle entraînerait, contrairement à toute équité, la perte de droits qu'il ne tient pas de son père; 2° l'abstention du *suus* donne ouverture au droit d'accroissement, s'il a des cohéritiers (2); s'il n'en a pas, elle entraîne délation de l'hérédité soit au substitué vulgaire, soit aux héritiers *ab* intestat (L. 2 § 8, *Ad sct. Tertull.*, XXXVIII, 17 — L. 8, C., *Ad leg. Falc.*, VI, 50).

D'autre part, l'abstention n'a pas l'effet radical d'une répudiation ou d'une exhérédation. Elle laisse subsister de l'investiture forcée du *suus* toutes les conséquences qui lui sont utiles ou ne lui nuisent pas, et de là les décisions suivantes : 1° tant que les biens ne sont pas vendus, et en supposant que nul n'ait fait adition, il peut revenir sur son abstention, et, à l'exemple de l'héritier externe, demander au préteur un délai pour délibérer (L. 8, *De jur. delib.*, XXVIII, 8); 2° si la vente donne un prix supérieur au montant des créances réunies, c'est à lui qu'appartient l'excédant (L. 6 pr., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5); 3° tous les affranchissements directs ou fidéicommissaires conservent leur effet

(1) Ulpien dit : *non est sine herede qui suum heredem habet, licet abstinentem se* (L. 30 § 10, *De fid. lib.*, XL, 5).

(2) Cependant nous rencontrons ici des décisions tout à fait dérogatoires au droit commun. Supposez, en effet, que le cohéritier soit ou un héritier externe qui a déjà fait adition ou un *suus* qui a déjà perdu le *jus abstinendi*; les créanciers peuvent le mettre en demeure de prendre l'hérédité tout entière ou de l'abandonner absolument. Ils peuvent aussi le considérer comme héritier saisi d'une manière définitive, mais seulement pour sa part, et le poursuivre dans cette mesure : ce dernier parti leur est manifestement avantageux lorsque l'actif héréditaire est inférieur à la somme qui incombe à cet héritier dans les dettes. Si, par exemple, l'actif est égal à 80, le passif à 200, il n'hésiterait pas à abandonner l'hérédité tout entière, et les créanciers ne seraient payés que jusqu'à concurrence de 80. En le traitant comme héritier pour moitié, ils obtiendront 100 (LL. 55 et 56; L. 98 *in fine*, *De acq. vel omitt. hered.*). Que si, au moment où le *suus* s'abstient, son cohéritier n'a pas encore pris parti, les règles ordinaires du droit d'accroissement s'appliquent (L. 38, *De acq. vel omitt. hered.*).

L. 32, *De manum. test.*, XL, 4. — L. 30 § 10, *De fid. lib.*, XL, 5); 4° la substitution pupillaire faite par le testateur est maintenue, ainsi qu'on le verra plus tard (n° 368); 5° on verra également que le *suus* qui s'est abstenu ne perd pas pour cela le droit de recueillir les biens des Latins Juniens affranchis par son père (n° 429) (1).

IV. — DES HÉRITIERS EXTERNES ET DE L'HÉRÉDITÉ JACENTE.

Lib. II, tit. XIX, *De heredum qualitate et differentia*, § 3. — Ceteri qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes videntur. Qua de causa, et qui heredes a matre instituuntur eodem numero sunt, quia feminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque heres a domino institutus, et post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur (Gaius, II, § 161).

§ 4. — In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et quum adierit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit; nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mor-

Tous autres héritiers non soumis à la puissance du testateur sont appelés externes. Donc nos descendants eux-mêmes, quand ils ne sont pas en notre puissance et que nous les avons institués, sont réputés héritiers externes. Pour la même raison, on place dans la même catégorie les enfants institués par leur mère, car les femmes n'ont pas la puissance paternelle. On y range aussi l'esclave institué héritier par son maître et plus tard affranchi.

A l'égard des héritiers externes, on tient pour règle qu'il faut avoir avec eux la *factio testamenti*, soit qu'on les institue eux-mêmes ou les personnes placées sous leur puissance. Et cela s'apprécie à deux moments, au jour de la confection du testament, pour que l'institution prenne naissance, et au jour du décès du testateur, pour qu'elle ait effet. De plus, l'institué doit encore avoir la *factio testamenti* au moment où il fait adition, soit qu'il ait été institué purement ou sous condition; car la capacité de l'héritier doit s'examiner surtout au

(1) Il est plus que probable que ni le *jus abstinendi* ni la *bonorum separatio* ne dégageaient l'héritier de l'obligation de continuer le culte du défunt.

tem testatoris vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi; quia, ut diximus, tria tempora inspicimus. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest vel alii adquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et postumus, et infans, et filiusfamilias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur; licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii adquirere possunt (Florentínus, L. 49 § 1, *De hered.*, *inst.*, XXVIII, 5).

moment où il acquiert l'hérédité. Mais si l'héritier a perdu sa capacité dans l'intervalle écoulé entre la confection du testament et la mort du testateur ou l'événement de la condition, il n'en souffre pas, parce que, comme nous l'avons dit, on ne considère que trois moments. Quant à la *factio testamenti*, elle consiste non-seulement à pouvoir tester, mais encore à pouvoir recueillir ou acquérir pour un autre en vertu du testament d'autrui, encore qu'on ne puisse tester soi-même. Et c'est pourquoi l'on dit du fou, du muet, du posthume, de l'*infans*, du fils de famille et de l'esclave d'autrui, qu'ils ont la *factio testamenti;* car, quoique ne pouvant tester eux-mêmes, ils peuvent acquérir en vertu d'un testament ou pour eux-mêmes ou pour un autre.

346. Les héritiers externes se trouvent d'avance déterminés par voie d'exclusion : ce sont tous ceux qui ne rentrent pas dans les deux précédentes catégories (§ 3 *sup.*).

J'ai déjà dit qu'à l'égard de ces héritiers on distingue la délation et l'acquisition de l'hérédité. La délation s'opère, en cas d'institution pure et simple, au jour même du décès; en cas d'institution conditionnelle, au jour de l'événement de la condition. Mais le droit n'est acquis qu'en vertu d'un acte postérieur appelé adition (1). De là, en ce qui concerne la capacité exigée de l'héritier externe, deux règles spéciales : 1° De même que, pour être valablement institué, il a dû avoir la *factio testamenti* au jour de la confection du testament, de même il faut qu'il la possède encore ou au jour du décès ou au jour de l'arrivée de la condition; sinon, sa vocation ne s'ouvre pas. Mais l'on ne tient pas pour nécessaire qu'il soit resté capable pendant tout le temps inter-

(1) L'héritier externe légitime est, toutefois, moins pleinement étranger à l'hérédité non acquise que l'héritier testamentaire, puisqu'il peut, une fois l'hérédité ouverte, l'aliéner par voie d'*in jure cessio* (n° 473).

médiaire. Supposons, par exemple, que *vivo testatore* l'institué ait été condamné à l'interdiction de l'eau et du feu; s'il redevient citoyen romain avant le décès ou *pendente conditione*, cette disparition passagère de sa capacité ne lui nuira pas (L. 59 § 4, *De hered. inst.*). Il en est de même de l'esclave d'autrui qui, institué purement, aurait été acquis, puis aliéné par le testateur, ou qui, institué sous condition, aurait d'abord été acquis par un esclave compris dans l'hérédité du défunt, puis usucapé par un tiers avant l'arrivée de la condition (L. 6 § 2, *De hered. inst.*) (1). Ce sont ces résultats que l'on exprime par la formule : *media tempora non nocent* (2). 2° Du jour où l'hérédité lui est déférée jusques et y compris le moment de l'adition, l'héritier externe doit conserver une capacité non interrompue (3); s'il la perd un instant, du même coup sa vocation lui échappe pour passer aux personnes appelées avec lui ou à son défaut.

347. Tant que l'adition n'est pas faite, on dit que l'hérédité est jacente; et, si l'on recherche quelle est la condition des biens laissés par le défunt, ce sont de véritables *res nullius* (L. 13 § 5, *Quod vi aut clam*, XLIII, 24) (4). De cette idée on eût déduit très-logiquement les deux conséquences suivantes : 1° les esclaves héréditaires n'auraient pu, faute d'un maître qui leur prêtât sa capacité, ni acquérir, ni stipuler, ni même figurer dans un testament à titre d'institués

(1) Quelques interprètes ont prétendu que l'institué *sub conditione* doit être capable même au moment du décès; mais cette doctrine, contraire au texte des Institutes (§ 4 *sup.*), est repoussée d'une manière péremptoire par les décisions que j'emprunte ici au Digeste. A l'égard des héritiers nécessaires ou siens, il est clair que, quoique institués sous condition, ils doivent avoir au jour du décès la même capacité que si l'institution était pure et simple. Car il est impossible que celui qui au jour du décès ne remplit pas les conditions voulues pour être *necessarius* ou *suus* les remplisse à l'arrivée de la condition.

(2) On a vu (page 862, note 2) que cette formule est également vraie de l'héritier simplement nécessaire. Mais s'applique-t-elle aussi au *suus?* Non, en ce sens que, pour venir à ce titre *ex testamento*, il doit être resté sans interruption sous la puissance du testateur. Car s'il en est sorti d'une manière quelconque et qu'il n'y soit pas rentré, il peut bien, sous la condition d'être capable au jour du décès, venir *ex testamento*, mais non pas comme *suus;* et s'il y est rentré, par cela même il a rompu le testament, et alors il arrive bien comme *suus*, mais non pas *ex testamento*. Cependant sur ce dernier point la règle paraît avoir été modifiée (n° 339).

(3) Cette règle évidemment ne s'applique pas aux deux autres classes d'héritiers.

(4) En cas d'institution d'un *necessarius* ou d'un *suus*, l'hérédité, étant généralement déférée et acquise dès l'instant du décès, ne pourrait être jacente. Il en est autrement, toutefois, si l'institution n'est que conditionnelle, si l'on peut attendre la naissance d'un posthume non institué, ou si le *suus* est captif *apud hostes*.

ou de légataires ; 2° le meurtre de ces esclaves, et, plus généralement, le dommage causé à une chose corporelle héréditaire, n'aurait pas pu donner lieu à l'action *legis Aquiliæ* qui n'appartient jamais qu'au propriétaire. Partant, le dommage fût resté sans réparation. A ces graves inconvénients les jurisconsultes remédièrent en imaginant la fiction célèbre : *Hereditas personam sustinet* (L. 13 § 2, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2. — L. 31 § 1, *De hered. inst.*). Cette fiction, conçue dans l'intérêt de l'héritier, quel qu'il dût être, ne produit ses effets que par l'adition ; et, par conséquent, l'hérédité venant à être abandonnée, toutes les acquisitions et stipulations faites par l'esclave héréditaire s'évanouissent comme par la défaillance d'une condition (L. 73 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1).

La personnalité de l'hérédité une fois admise, et elle paraît l'avoir été sans grandes controverses, il s'agissait de savoir quelle personne réelle serait censée représentée par cette personne fictive. Serait-ce l'héritier futur ou le défunt? Ici le débat paraît avoir été long, et les deux opinions se rencontrent au Digeste (L. 24, *De novat.*, XLVI, 2. — L. 34, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1). La première se fondait sans doute sur ce que cette fiction de personnalité n'avait été introduite que dans l'intérêt de l'héritier. Mais il est certain que la seconde prévalut (Inst., § 2, *De hered. inst.*, II, 14) (1). Et voici le principal avantage pratique par lequel elle se justifie : quand je veux faire des dispositions testamentaires au profit d'un *servus hereditarius*, il m'est bien facile de vérifier si j'avais la *factio testamenti* avec le défunt, tandis qu'il peut m'être très-difficile de savoir si je l'ai avec l'héritier futur. Quel sera, en effet, cet héritier? Ce peut être un institué, un substitué ou un héritier légitime ; en un mot, c'est une *persona incerta ex certis personis*. Or, en admettant que je sache quelles sont en fait les personnes qui pourraient être appelées en l'une de ces qualités, il suffit qu'il y en ait parmi elles une seule avec qui je n'aie pas *factio testamenti*, pour jeter l'incertitude sur la validité des dispositions que je fais au profit du *servus hereditarius*. Or c'est là un inconvénient qui n'est plus à craindre, étant une fois admis que l'hérédité représente le défunt. Au surplus, cette doctrine est visiblement inconciliable avec celle qui, faisant rétroagir l'adition, répute l'héritier une fois investi avoir succédé au défunt du jour même du décès. Il est donc

(1) On rapprochera un autre texte des Institutes (pr., *De stip. serv.*, III, 17) d'où il résulte que l'hérédité n'est pas, à tous les points de vue, réputée une personne, et que par la force des choses la réalité l'emporte quelquefois sur la fiction.

probable que si cette rétroactivité fut admise par ceux qui tenaient que l'hérédité représentait l'héritier futur, elle dut être rejetée par ceux qui lui faisaient représenter le défunt (1). Aussi ne puis-je voir qu'une distraction et une inconséquence dans l'insertion au Digeste de plusieurs textes qui consacrent expressément l'effet rétroactif de l'adition (L. 54, *De acq. vel omitt. hered.* — L. 28 § 4, *De stip. serv.*, XLV, 3) (2).

V. — DE L'ADITION D'HÉRÉDITÉ ET DE LA RÉPUDIATION.

Lib. II, XIX, *De heredum qualitate et differentia*, § 5. — Extraneis autem heredibus deliberandi po-

Les héritiers externes ont le droit de délibérer s'ils feront adition ou non. Mais lorsque celui qui a le

(1) Cependant Gaius, l'un de ceux qui certainement font rétroagir l'adition (L. 28 § 4, *De stip. serv.*), paraît professer ailleurs que l'hérédité représente le défunt (L. 31 § 1, *De her. inst.*). Mais il y a tout lieu de croire que ce dernier texte a été retouché par Justinien, car les trois mots qui le terminent s'y lient mal, y sont inutiles, et s'en détachent comme d'eux-mêmes. Au surplus, quelles conséquences pratiques pouvait-on déduire de cette rétroactivité de l'adition? Les textes n'en relèvent, à ma connaissance, qu'une seule, et bien insignifiante, savoir la validité des stipulations et conventions faites par l'esclave héréditaire au nom de l'héritier futur. Cette validité est admise par Gaius (L. 28 § 4, *De stip. serv.*) et par Modestin (L. 35, *eod.*). Le texte de Gaius est curieux à un double point de vue : 1° l'auteur constate que sa décision avait été donnée par Cassius et repoussée par Proculus, d'où l'on peut conclure avec vraisemblance qu'au début ce fut surtout l'école sabinienne qui admit la représentation de l'héritier futur par l'hérédité; et cependant, chose remarquable, c'est Julien, le plus grand représentant de cette école, qui fit prévaloir l'idée contraire (L. 33 § 2, *De acq. rer. dom.*); 2° pour établir d'une manière générale la rétroactivité de l'adition, Gaius se fonde sur un effet spécial qui lui était reconnu et qu'il exprime ainsi : *heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur*. Ces mots font allusion à un vieux préjugé religieux qui considérait la famille du défunt comme souillée (*funesta facta*) jusqu'à ce qu'un sacrifice particulier l'eût purifiée (Cicéron, *De legib.*, II, 22). Cette souillure se communiquait donc rétroactivement à la famille de l'héritier une fois investi. De ce motif, plus mystique que juridique, je suis bien porté à conclure que la rétroactivité de l'adition fut la doctrine primitive des Romains. Mais cette doctrine dut être contestée du jour où l'on proposa d'attribuer à l'hérédité la personnalité du défunt. Aussi n'est-il pas étonnant que Papinien, Paul et Ulpien rejettent la conséquence que Gaius en tirait relativement aux conventions et stipulations de l'esclave héréditaire (L. 27 § 10, *De pact.*, II, 14. — L. 16; L. 18 § 2, *De stip. serv.*). Dans le même sens on consultera un texte de Pomponius où se trouve condamnée une autre conséquence que l'on aurait pu rigoureusement déduire de la rétroactivité de l'adition (L. 44 § 2, *De furt.*, XLVII, 2).

(2) Faut-il tenir pour conçues dans le même sens les lois 138 pr. et 193, *De reg. jur.*? Je crois qu'elles s'expliquent suffisamment par la personnalité attribuée à l'hérédité.

testas est de adeunda hereditate vel non adeunda. Sed sive is cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis, sive extraneus cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit viginti quinque annis; nam hujus ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis, deceptis, ita et, si temere damnosam hereditatem susceperint, prætor succurrit (Gaius, II, §§ 162 et 163).

§ 7. — Item extraneus heres, testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest, aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandove, et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re vel verbis, de adeunda hereditate : dummodo sciat eum in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse. Pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant (1). Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum qui surdus vel mutus natus est, vel postea factus, nihil prohibet pro herede gerere et adquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit quod agitur.

droit de s'abstenir s'est immiscé dans les biens de l'hérédité, ou que l'héritier externe à qui appartient la faculté de délibérer a fait adition, il ne lui est plus possible de délaisser l'hérédité, à moins qu'il ne soit mineur de vingt-cinq ans; car les hommes de cet âge, lorsqu'ils ont accepté une hérédité ruineuse, comme dans tous les autres cas où ils subissent une lésion, sont secourus par le préteur.

De même l'héritier externe, soit institué par testament, soit appelé *ab* intestat, peut devenir héritier ou par des actes de gestion, ou même par une simple volonté de recueillir l'hérédité. Or celui-là gère comme héritier qui use à ce titre des biens héréditaires, par exemple en les vendant, en cultivant ou en louant les fonds, et qui déclare d'une façon quelconque, par des actes ou par des paroles, sa volonté de faire adition, pourvu qu'il sache que celui à l'égard des biens duquel il se comporte comme héritier est mort ou testat ou intestat, et que lui-même est appelé à l'hérédité. Car gérer comme héritier, c'est se comporter en propriétaire; en effet, les anciens appelaient les propriétaires héritiers. Mais de même que l'héritier externe est investi par une simple volonté, de même aussi une volonté contraire l'exclut immédiatement de l'hérédité. Quant à celui qui est né ou devenu sourd ou muet, rien ne l'empêche de gérer comme héritier

(1) Voir page 789, note 2.

et d'acquérir l'hérédité pour lui-même, pourvu qu'il comprenne ce qu'il fait.

348. A l'époque classique, l'adition se fait de trois manières, *cretione*, *nuda voluntate*, *re* ou *pro herede gerendo* (1). La *cretio* (de *cernere*, décider) consiste en une déclaration solennelle ainsi conçue : *Quod me Publius Mævius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* (Ulp., XXII § 28). Par *nuda voluntas* on entend une volonté qui se manifeste verbalement sans aucune solennité (§ 7 *sup.*) (2). Enfin *pro herede gerere*, c'est faire des actes qui impliquent l'intention de se comporter en maître, tels que la vente ou la location d'un fonds héréditaire (§ 7 *sup.*). Il n'importe, du reste, que la qualité d'héritier donne ou ne donne pas le droit de faire ces actes : ainsi, lorsque je possède la chose d'autrui comme appartenant à l'héritier, ou que je retiens au même titre un objet simplement engagé au défunt, je gère *pro herede* (L. 88, *De acq. vel omitt. hered.*). Car de tels actes accusent clairement mon intention (3).

A. Ces trois procédés d'adition ont ceci de commun qu'ils excluent tout terme et toute condition (L. 77, *De reg. jur.*, L, 17). Mais l'héritier est-il libre de choisir entre eux? Oui, quand il s'agit soit d'un héritier légitime, soit d'un héritier testamentaire institué *sine cretione* (Gaius, II, § 167); non, lorsque l'institution est faite *cum cretione*. Dans cette locution le mot *cretio* change de sens : au lieu de désigner la formule solennelle d'acceptation, il désigne un délai quelconque, ordinairement cent jours, que le testateur donne à l'institué pour délibérer sur le parti qu'il doit prendre, et, dans le cas où il voudrait accepter, pour prononcer cette formule (Gaius, II, §§ 164 et 170) (4).

(1) J'estime que primitivement la *nuda voluntas* ne fut pas admise (Ulp., XXII § 25). Elle s'introduisit lorsque l'usage de la *cretio* devint moins fréquent.

(2) Dans un sens étroit, cette déclaration est seule appelée adition (L. 69, *De acq. vel omitt. hered.*).

(3) L'héritier peut faire, sans prendre qualité, des actes de conservation et d'administration provisoire. Mais pour prévenir en ce cas toute difficulté de fait, la prudence lui conseille de déclarer d'abord, en présence de témoins, qu'il entend agir *nomine hereditatis* et non pas *nomine suo*. La même observation s'applique aux *sui heredes* qui tiennent à conserver le *jus abstinendi* (L. 20 pr. et § 1, *De acq. vel omitt. hered.*).

(4) Dans la pratique la plus suivie, ce délai ne court que du moment où l'institué connaît sa vocation, et ne comprend que les jours où il lui est possible de faire

La *cretio* ainsi entendue peut être accompagnée d'une clause par laquelle le testateur exhérède l'institué qui laisserait écouler le délai sans dire les paroles solennelles. On l'appelle alors *perfecta :* au contraire, cette clause d'exhérédation manquant, elle est *imperfecta.* Cette distinction présente un intérêt considérable : quand la *cretio* est *perfecta,* l'institué n'est saisi ou ne devient définitivement étranger à l'hérédité qu'en prononçant ou en s'abstenant de prononcer la formule solennelle dans le délai fixé ; un acte de gestion ne suffirait donc pas plus à l'investir qu'une répudiation verbale à l'exclure (Gaius, II, §§ 166 et 168). Au contraire, dans l'hypothèse d'une *cretio imperfecta,* il peut ou répudier par simple déclaration, ou, s'il accepte, choisir entre la *gestio pro herede* et la formule de la *cretio.* Cependant l'ancien droit ne reconnaissait pas toujours même énergie à un acte de gestion qu'à la *cretio.* Supposons, en effet, qu'après avoir institué Titius, le testateur lui ait substitué Mævius dans les termes suivants : *si non creveris, Mævius heres esto.* Sans nul doute, si Titius prononce les paroles de la *cretio,* il exclut pleinement Mævius ; mais s'il se contente d'un acte de gestion, l'expiration du délai a pour résultat de faire arriver la condition sous laquelle Mævius était appelé. De substitué, celui-ci devient donc institué ; et comme pourtant Titius, en gérant *pro herede,* a bien acquis la qualité d'héritier, il s'ensuit qu'il y a partage entre eux, comme dans tous les cas où à côté d'un institué pur et simple se trouve un institué *sub conditione* qui justifie de l'arrivée de la condition. Toutefois, cette doctrine, primitivement absolue, fut modifiée de très-bonne heure : On distingua, nous dit Gaius (II, §§ 177 et 178), si l'institué avait géré *pro herede intra diem cretionis* ou seulement après que la *cretio* était devenue impossible, et le concours du substitué ne fut plus admis que dans ce dernier cas ; mais cette distinction elle-même fut supprimée par Marc-Aurèle, et désormais l'acte de gestion fait à une époque quelconque par l'institué suffit pour exclure complétement le substitué (Ulp., XXII § 34) (1).

la *cretio.* Mais rien n'empêche le testateur de le faire courir d'une manière continue à compter de son décès, de telle sorte qu'il puisse se trouver entièrement écoulé avant que l'institué connaisse l'ouverture de l'hérédité, et même avant que sa vocation soit certaine, si par exemple elle est subordonnée à une condition encore pendante. Dans ce dernier cas, la *cretio* est dite *certorum dierum* ou *continua ;* dans le premier cas, elle est appelée *vulgaris,* comme étant plus usitée (Gaius, II, §§ 171 à 173. — Ulp., XXII § 31).

(1) Sans doute le rescrit de Marc-Aurèle ne fut rendu que postérieurement à la composition des Institutes de Gaius, ou tout au moins n'arriva-t-il pas à la connaissance de ce jurisconsulte, puisqu'il n'en parle pas.

L'usage de la *cretio* fut abrogé en l'an 339 par l'un des fils de Constantin (L. 9, C., *Qui admitt. ad bon. poss.*, VI, 9) (1), de sorte que dans le dernier état du droit l'adition ne se fait que de deux manières : *nuda voluntate* ou *pro herede gerendo* (§ 7 *sup.*).

349. L'adition implique absolument la volonté de l'héritier lui-même(2). De cette proposition découlent trois conséquences importantes:

1° Les personnes qui ne peuvent pas avoir de volonté, telles que le pupille *infans* ou le fou, et celles dont la volonté est nulle aux yeux de la loi, comme l'impubère fils de famille ou esclave, sont incapables de faire une adition d'hérédité, et nul ne peut la faire en leur nom (LL. 63 et 90 pr., *De acq. vel omitt. hered.*). On a déjà vu (n°s 154 et 158) comment cette rigueur fut d'abord adoucie par les jurisconsultes eux-mêmes, puis absolument corrigée par Théodose le Jeune à l'égard du pupille *infans* et du fils de famille impubère. Quant aux fous, Justinien le premier permit à leur curateur de faire adition en leur nom : avant lui, on discutait si ce curateur ne pouvait pas au moins demander la *bonorum possessio* (L. 7 § 3, C., *De curat. fur.*, V, 70) (3).

2° On sait déjà que l'institué *alieni juris* ne fait pas valablement adition sans un ordre préalable et spécial (n° 295) (4). Mais la volonté du père ou du maître ne peut qu'autoriser et valider la sienne : elle ne saurait s'y substituer ni la contraindre (L. 13 § 3, *De acq. vel omitt. hered.* — L. 33, *De fid.*, XLVI, 1) (5). Cela est tellement vrai que si par crainte ou pour toute autre cause l'esclave simule une volonté qu'il n'a pas, ce semblant d'adition n'empêche pas l'hérédité de demeurer jacente (L. 6 § 7, *De acq. vel omitt. her.*) (6). Du reste, l'adition une

(1) L'abrogation fut-elle complète? on en peut douter; car nous la trouvons de nouveau prononcée, en l'année 407, par les empereurs Arcadius, Honorius et Théodose le Jeune (L. 8 § 1, C. Th., *De mat. bon.*, VIII, 18).

(2) Il est évident, néanmoins, que l'héritier peut charger un mandataire de gérer *pro herede*, et en cela il n'y a aucune dérogation au principe. Car ce mandat implique par lui-même volonté de faire adition, et, restât-il inexécuté, le mandant serait héritier.

(3) Le prodigue interdit peut faire adition (L. 5 § 1, *De acq. vel omitt. hered.*), mais sans doute le consentement de son curateur lui est nécessaire.

(4) Il résulte de cette règle que provisoirement aucune adition ne peut être faite ni par les enfants ou les esclaves d'un captif ni par un *servus hereditarius*.

(5) Le concours des deux volontés est également nécessaire pour l'acquisition d'une *bonorum possessio* (n° 442), tandis qu'au contraire, lorsqu'il s'agit d'obtenir la restitution d'un fidéicommis d'hérédité, celle du père ou du maître suffit (L. 65 pr., *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1).

(6) On ne confondra pas cette hypothèse avec celle d'une volonté réelle, mais déterminée par la crainte (page 866, note 1).

fois faite, la qualité d'héritier s'imprime tout droit sur la personne du père ou du maître et n'est pas réputée avoir résidé, même un instant de raison, sur celle du fils ou de l'esclave (L. 79, *De acq. vel omitt. hered.*). D'où il suit que, devenant *sui juris*, celui-ci n'est tenu ni civilement ni naturellement des dettes héréditaires, car elles ont suivi de plein droit le sort de l'actif (1).

3° Si l'institué meurt avant de s'être prononcé, peut-être même ignorant encore l'ouverture de l'hérédité, sa vocation héréditaire ne passe point à ses propres héritiers; c'est ce que l'on formule ainsi : *hereditas non adita non transmittitur*. A l'époque des jurisconsultes, cette règle ne comportait d'exception légale que dans le cas prévu par le sénatus-consulte Silanien (page 878, note 4). Mais les empereurs y dérogeaient volontiers par des décisions spéciales, lorsque l'obstacle qui avait empêché l'héritier de faire adition tenait à une absence fondée sur un service public (L. 30 pr.; L. 86, pr., *De acq. vel amitt. hered.*). Théodose le Jeune et Valentinien déclarèrent la règle inapplicable, lorsque l'institué serait un descendant du testateur et qu'il mourrait avant l'ouverture du testament, laissant lui-même pour héritiers des descendants (L. unic., C., *De his qui ant. apert. tab.*, VI, 52). Justinien, allant beaucoup plus loin, décida que tout héritier testamentaire ou légitime, mourant *intra annum*, transmettrait à ses héritiers, quels qu'ils fussent, le droit de faire adition (L. 19, C., *De jur. delib.*, VI, 30). Ainsi modifiée, la règle *Hereditas non adita non transmittitur* ne présentait plus d'inconvénients sérieux.

Pour que l'héritier fasse valablement adition, il ne suffit pas que l'hérédité lui soit déférée, il faut aussi qu'il connaisse sa vocation d'une manière certaine et qu'il sache exactement à quel titre il est appelé (~~47~~ *sup.*) (2). L'adition est donc nulle, non-seulement si elle est faite du vivant du testateur ou *pendente conditione*, mais encore lorsque l'héritier ignore le décès du testateur ou l'arrivée de la condition, lorsqu'il a des doutes sur la validité du testament, lorsqu'il se croit appelé *ab* intestat et qu'il l'est *ex testamento*, etc. (L. 13 §§ 1; LL. 22, 32, 46, *De acq. vel omitt. hered.*). S. 7.

(1) C'est probablement ce résultat qu'on veut expliquer, en disant que l'hérédité passe directement au père ou au maître. Mais les Romains n'ont pas suivi cette idée dans toutes ses conséquences (L. 34 § 8, *De solut.*, XLVI, 3. — page 829, note 2).

(2) Dans le cas où c'est un esclave ou un fils de famille qui sont institués, cette connaissance est exigée d'eux-mêmes personnellement, et non pas du maître ou du père (L. 30 § 7, *De acq. vel omitt. hered.*).

A. Outre ces conditions générales, l'adition exige dans certains cas des conditions tout à fait spéciales. Ainsi, en supposant plusieurs institués, elle n'est possible qu'après l'ouverture du testament (Ulp., XVII § 1. — L. 1 § 4, *De jur. et fact. ign.*, XXII, 6. — L. 21, *De cond. et dem.*, XXXV, 1) (1). Cette décision appartient aux lois caducaires et fut inspirée par le désir de multiplier les causes de caducité (2). Ainsi encore, dans le cas où le défunt est mort victime d'un meurtre, soit qu'il laisse ou ne laisse pas de testament, il faut, aux termes du sénatus-consulte Silanien, que les esclaves dont il était propriétaire et qui habitaient sous le même toit que lui aient été mis à la question et les coupables punis (3). Jusque-là, du moins pendant une durée de cinq ans, l'on n'admet ni ouverture du testament ni adition (4). On craint, en effet, que l'héritier ne cherche à dissimuler un crime qui est peut-être l'œuvre des esclaves du défunt et à prévenir ainsi une poursuite qui aboutirait à le dépouiller lui-même de la propriété des coupables (L. 1, pr., §§ 1 à 4; L. 3 §§ 18 et 29; L. 13, *De sct. Sil.*, XXIX, 5).

350. Ces conditions remplies, l'héritier, à moins d'avoir été institué *sub perfecta cretione*, n'est jamais obligé de se prononcer dans un délai donné. Telle est la règle du droit civil : tout au plus donc est-il stimulé à se hâter par la crainte de l'usucapion *pro herede* (n° 243).

(1) L'ouverture du testament se faisait ordinairement dans les trois ou dans les cinq jours du décès, en présence du magistrat et des personnes qui y avaient figuré comme témoins, celles-ci pouvant être remplacées, en cas de décès ou d'absence, par d'autres personnes (*honesti viri*). Le testament était lu à haute voix (*recitatum*), puis revêtu d'un sceau public et déposé *in archium*. Mais auparavant on en levait une copie sur laquelle les témoins apposaient eux-mêmes leur cachet en présence du magistrat (Paul, IV, 6 §§ 1, 2 et 3).

(2) Mais ces lois ne veulent pas ajouter aux chances naturelles que le testateur peut avoir de mourir intestat, et voilà pourquoi l'adition reste possible dès le décès quand il n'y a qu'un seul institué.

(3) Ce sénatus-consulte remonte à l'époque d'Auguste. Il paraît avoir été complété soit par un sénatus-consulte Claudien mentionné dans la rubrique du titre spécial à cette matière (XXIX, 5), soit par une *oratio* de Marc-Aurèle dont parle une constitution de Justinien (L. II, C., *De his quibus ut ind.*, VI, 34). Dans le cas particulier où le défunt avait été tué par ses esclaves ou par l'un d'eux, on mettait à mort tous ceux qui habitaient avec lui, même ceux à qui son testament donnait la liberté. Ainsi le décida sous Néron un autre sénatus-consulte qu'il ne faut pas confondre avec le Silanien (Tacit., *Ann.*, XIII, 32), et qui ne faisait, paraît-il, que consacrer une vieille coutume (Tacit., *Ann.*, XIV, 42 à 44).

(4) Si l'héritier contrevient au sénatus-consulte, il est exclu comme indigne (L. 3 § 3, *Ad sct. Treb.*, XXXVI, 1). Si au contraire il l'observe, la mort peut le surprendre avant qu'il ait pu régulièrement faire adition, et alors, par dérogation au droit commun, il transmet sa vocation héréditaire à ses propres héritiers (L. 3 § 30, *De sct. Sil.*).

Et pourtant, s'il lui importe de ne pas se prononcer à la légère, d'autres personnes ont un intérêt non moindre à empêcher que par négligence ou par calcul il ne prolonge outre mesure ses délibérations. Ces personnes sont les légataires dont le droit dépend du sien, les héritiers appelés avec lui ou à son défaut, et principalement les créanciers. De là l'usage introduit par le préteur de lui fixer un délai pour délibérer. Ce délai, emprunté aux usages de la *cretio*, est ordinairement de cent jours et n'est jamais moindre; mais il peut être augmenté en cas d'insuffisance (LL. 2 et 3, *De jur. del.*, XXVIII, 8). Le préteur l'accorde ou sur la demande de l'héritier lui-même (L. 1 § 1, *De jur. del.* — LL. 5 et 6 pr., *De int. in jur.*, XI, 1), ou sur celle des créanciers (Gaius, II, § 167) (1), peut-être même aussi à la diligence des autres intéressés. Aussi longtemps qu'il n'est pas complétement épuisé, l'héritier qui ne se prononce pas tient en suspens tous les droits subordonnés au parti qu'il prendra. De même donc qu'il empêche toute adition par les substitués vulgaires ou par les héritiers *ab* intestat, de même aussi les créanciers ne peuvent ni le poursuivre personnellement ni procéder à la vente des biens héréditaires : il leur est seulement permis de requérir, à titre de mesure conservatoire, la nomination d'un curateur (L. 3, *De cur. fur.*, XXVII, 10. — L. 22 § 1, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5). Mais une fois le délai écoulé, quelle est la position de l'héritier qui n'a manifesté ni la volonté d'accepter ni celle de répudier? Trois hypothèses doivent être distinguées : 1° une substitution vulgaire a été faite : ici l'institué est exclu, car Ulpien nous dit formellement que l'hérédité est déférée au substitué (L. 69, *De acq. vel omitt. her.*); 2° il n'y a pas de substitué vulgaire, mais il y a d'autres institués. L'analogie nous conduit à croire que le droit d'accroissement leur est acquis, et qu'en conséquence l'institué qui ne s'est pas prononcé est encore exclu; 3° enfin cet institué figurait seul dans le testament. Gaius (II § 167) nous apprend qu'en ce cas les créanciers ont le droit de vendre les biens du défunt. Cela signifie clairement que l'institué n'est pas saisi. Mais cela signifie-t-il aussi qu'il soit déchu du droit de faire adition? L'on peut en douter, et si par exemple la vente des biens donnait un prix supérieur au total des dettes, pourquoi n'aurait-il pas le droit de réclamer l'excédant?

(1) En supposant l'héritier institué sous une condition qu'il dépend de lui d'accomplir ou de faire défaillir, les créanciers n'ont pas besoin d'attendre qu'elle soit accomplie pour faire fixer le *tempus ad deliberandum* (L. 23 § 1, *De hered. inst.*, XXVIII, 5).

Justinien conserva le *jus deliberandi*, mais avec des modifications profondes : 1° le délai accordé par le magistrat dut être de neuf mois au lieu de cent jours, et l'empereur put accorder une année entière; 2° la demande d'un délai pour délibérer emporta renonciation au bénéfice d'inventaire créé par le même prince, et cela sans doute parce que l'usage du *jus deliberandi* ne donne aucune garantie contre les détournements de l'héritier; 3° enfin, ce qui est plus grave, ce qui jure avec la dénomination et le caractère essentiel de l'*heres extraneus*, il fut désormais réputé acceptant, faute de s'être prononcé dans le délai (L. 22 §§ 13 et 14, C., *De jur. delib.*, VI, 30) (1).

Les effets généraux de toute adition valablement faite peuvent se résumer ainsi : 1° de plein droit, le culte privé du défunt passe à l'héritier; 2° de plein droit aussi, il devient propriétaire, créancier et débiteur à la place du défunt (2), en d'autres termes une confusion complète et irrévocable s'opère entre les deux patrimoines; 3° il se soumet à l'obligation d'exécuter, dans la mesure de l'actif net, toutes les charges que le testament lui impose.

Reste à dire quelques mots de la répudiation. On a déjà vu incidemment qu'à l'époque classique elle résultait du silence même et de l'inaction de l'héritier pendant tout le délai de la *cretio perfecta*. Cette hypothèse mise à part, elle pouvait se faire aussi par une simple manifestation de volonté (*nuda voluntate*). Sous Justinien, ce dernier mode est seul possible (§ 7 *sup.*). Au surplus, la répudiation suppose exactement la même capacité et les mêmes conditions que l'adition (L. 13 § 3; LL. 14 à 18, *De acq. vel omitt. hered.* — L. 3, *De reg. jur.*, L, 17). Quant à son effet, beaucoup plus plein et plus radical que celui du *jus abstinendi*, il se résume en un mot : l'anéantissement de l'institution. D'une part, en effet, l'institué devient aussi pleinement étranger à l'hérédité que s'il n'eût jamais été institué, et par

(1) Justinien se borne à dire que dans ce cas l'héritier est soumis à toutes les dettes. Rapprochant sa constitution du texte classique qui le déclare exclu en faveur du substitué vulgaire, quelques interprètes ont pensé que ce prince avait voulu tout à la fois l'investir du passif et lui dénier tout droit à l'actif, doctrine absurde en elle-même et qui prend pour une législation unique deux législations successives dont l'une est venue détruire l'autre.

(2) J'ai déjà dit (n° 238) que la possession étant avant tout une *res facti*, l'héritier qui a fait adition ne continue pas pour cela la possession du défunt : il faut, de plus, qu'il appréhende réellement la chose et que nul ne l'ait possédée depuis le décès. Toutefois la première de ces deux conditions paraît n'avoir été admise qu'après de nombreuses résistances (L., 13 § 4, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2).

voie de conséquence toutes les libéralités mises à sa charge s'évanouissent. D'autre part, l'obstacle que son arrivée eût apporté aux droits des personnes instituées avec lui ou appelées à son défaut disparaît, de sorte qu'on voit s'ouvrir ou le droit d'accroissement, ou la substitution vulgaire, ou l'hérédité *ab* intestat (1). Toutefois il convient d'ajouter qu'en fait, la répudiation étant presque toujours déterminée par l'insolvabilité de la succession, il arrivera rarement que de plusieurs institués l'un accepte quand les autres répudient, et il ne sera pas moins rare que leur répudiation soit suivie d'une adition par le substitué vulgaire ou par les héritiers légitimes. En ce cas, l'hérédité restant jacente, les créanciers se feront envoyer en possession et procéderont à la *bonorum venditio* sous le nom du défunt (Gaius, III, § 78) (2).

VI. — DES MOYENS DE REMÉDIER A CERTAINES CONSÉQUENCE DE L'ADITION.

Lib. II, tit. XIX, *De heredum qualitate et differentia*, § 6. — Sciendum tamen est divum Adrianum etiam

Il faut savoir cependant que le divin Adrien accorda la restitution même à un majeur de vingt-cinq

(1) Il suit de là que, si le défunt avait institué son héritier *ab* intestat, l'avait institué seul et sans lui substituer personne, la répudiation de l'hérédité testamentaire entraînait délation de l'hérédité légitime au répudiant lui-même. Son véritable effet pratique se bornait donc à affranchir l'institué des libéralités dont il pouvait être grevé. Le préteur n'accepta pas ce résultat, et il décida d'une manière générale que quiconque ne refuserait de venir *ex testamento* que pour venir *ab* intestat, demeurerait soumis à toutes les charges dont il avait voulu s'exonérer (L. 1 pr. et § 9, *Si quis omiss. caus. test.*, XXIX, 4).

(2) La *bonorum venditio*, outre la flétrissure qu'elle imprime à la mémoire du défunt, entraîne nécessairement pour les créanciers une perte de temps, des embarras et des frais considérables, et elle risque de se faire à des conditions très-désavantageuses, précisément parce que tout le monde sait qu'elle est forcée. Les textes nous présentent deux procédés imaginés pour remédier à ces inconvénients sans compromettre l'héritier : 1° Les créanciers lui donnent mandat de faire adition (L. 32, *Mand.*, XVII, 1). Dans cette hypothèse, il demeure bien tenu, comme héritier, au payement de toutes les dettes; mais il peut, comme mandataire, se faire indemniser de tout le dommage que lui aura causé l'exécution du mandat, c'est-à-dire exiger le remboursement des sommes payées au delà de l'actif héréditaire, ou plus simplement ne payer que dans cette limite. Ce procédé, toutefois, laisse à désirer à un double point de vue : d'abord, en ce que l'héritier reste tenu *ultra vires* à l'égard des créanciers de bonne foi qui ne lui auraient pas donné le mandat de faire adition (L. 4 pr., *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4); en outre, en ce que ce mandat peut bien lui éviter une perte, mais ne lui assure pas le moindre avantage si la succession est insolvable. Il hésitera donc à l'accepter.

majori viginti quinque annis veniam dedisse, quum post aditam hereditatem grande æs alienum emersisset. Sed hoc quidem divus Adrianus cuidam speciali beneficio præstitit; divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit, et constitutionem tam æquissimam quam nobilem scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis et adire hereditatem, et in tantum teneri quantum valere bona hereditatis contingit : ut ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi, omissa observatione nostræ constitutionis, et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

ans, parce que des dettes énormes s'étaient révélées après l'adition d'hérédité. Mais ce fut là une faveur spéciale accordée à un individu. Plus tard le divin Gordien la généralisa pour les militaires seulement. Mais notre bonté a étendu ce bienfait à tous ceux qui vivent sous notre empire, et nous avons rendu une constitution aussi équitable que distinguée grâce à laquelle les héritiers peuvent faire adition et n'être tenus que jusqu'à concurrence de la valeur des biens héréditaires : de telle sorte que la faculté de délibérer n'est plus pour eux un secours nécessaire, à moins que, négligeant notre constitution, ils ne préfèrent délibérer et rester soumis comme autrefois aux charges qu'entraîne l'adition.

2° Pour déterminer l'héritier à faire adition, les créanciers peuvent, réunis sous la présidence du magistrat, convenir avec lui qu'ils se contenteront d'un dividende déterminé et lui faire remise du surplus de leurs créances. L'adition rend cette remise obligatoire. Pour être valable, il suffit du reste qu'elle ait été consentie par un nombre quelconque de créanciers représentant entre eux tous plus de la moitié des créances; s'il y a partage à ce point de vue, la simple majorité numérique des créanciers l'emporte; et si l'on ne peut obtenir ni majorité en somme ni majorité en nombre, le partage vaut remise. Cette convention ne peut être opposée aux créanciers hypothécaires; mais elle lie les privilégiés eux-mêmes et les absents. Toutefois on se demande s'il ne faut pas que les absents aient été au moins convoqués, et l'affirmative est bien probable; ce qui est certain, c'est qu'au lieu de demander leur dividende à l'héritier, ce qui impliquerait approbation de la convention, ils peuvent exercer une poursuite *in solidum* contre les fidéjusseurs ou autres débiteurs accessoires. Telles furent les décisions de Marc-Aurèle, et très-probablement elles ne firent que régulariser une pratique déjà suivie (L. 7 § 17; LL. 8, 9, 10 pr., *De pact.*, II, 14. — L. 58 § 1, *Mand.*, XVII, 1.). Cette convention est une véritable transaction (*decisio*); car elle peut aboutir à laisser à l'héritier une certaine portion d'actif net, et il est à noter qu'en supposant vraiment l'hérédité insolvable, les légataires n'auront rien à prétendre sur cet actif. Néanmoins on respectera les affranchissements faits sans fraude (L. 3 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2. — L. 23, *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8). La même convention peut être faite avec un *suus* ou un simple *necessarius*, pour éviter que l'un ne s'abstienne et que l'autre ne demande la *bonorum separatio* (L. 7 § 18; L. 44, *De pact.* — L. 59, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7).

351. La confusion de patrimoines qui résulte de l'adition peut préjudicier à trois sortes de personnes : 1° à l'héritier, si l'hérédité est insolvable; 2° à ses créanciers, si cette insolvabilité est assez forte pour déterminer ou augmenter celle de l'héritier lui-même; 3° enfin aux créanciers du défunt, lorsque, concourant avec les créanciers personnels de l'héritier sur le prix des deux masses de biens réunies, ils auraient moins qu'ils n'eussent obtenu du vivant de leur débiteur. Ces trois situations restèrent-elles sans remède? C'est ce qu'il faut examiner.

1° *Préjudice subi par l'héritier.* — L'ancien droit, partant de cette idée que l'héritier avait dû délibérer et ne faire adition qu'en connaissance de cause, le laissait en principe dépourvu de toute protection spéciale (1). Seuls les mineurs de vingt-cinq ans trouvaient dans le droit commun la ressource de l'*in integrum restitutio* (Inst., § 5, *De hered. qual.*) (2). Cette doctrine n'avait rien d'inique dans les cas où l'héritier pouvait se reprocher d'avoir accepté sans examen suffisant une succession dont le véritable état était connu ou facile à vérifier. Mais elle était plus que rigoureuse lorsque l'insolvabilité de l'hérédité résultait de dettes cachées au jour de l'adition. Pour un cas de ce genre, Adrien consentit à restituer un héritier contre les conséquences de son acceptation; et sous Gordien cette faveur devint la règle à l'égard des militaires qui auraient eu de justes raisons d'ignorer les dettes. Mais, le premier, Justinien fournit à tout héritier un moyen de se garantir contre le danger des dettes, ce fut le bénéfice d'inventaire. Ce bénéfice suppose que l'héritier, après avoir fait adition, laisse de côté le *jus deliberandi*, et dresse, en présence des *tabularii*, un inventaire énumératif et descriptif de tous les objets de la succession. Cet inventaire doit être commencé dans le mois de l'ouverture du testament, et terminé dans les trois mois, ou, si la majorité des biens est trop éloignée, dans l'année. Pendant ce délai, l'héritier peut bien agir, mais non pas être poursuivi en cette qualité. Le bénéfice d'inventaire a pour effet d'empêcher la confusion des deux patri-

(1) Voir un cas tout à fait exceptionnel (L. 1 § 6, *De sep.*, XLII, 6).

(2) Le majeur qui n'avait fait adition que sous l'influence de manœuvres frauduleuses avait l'action *de dolo* contre l'auteur du dol (L. 40, *De dol. mal.*, IV, 3), mais cela ne l'empêchait pas de rester héritier. Les femmes, cependant, étaient restituables dans l'hypothèse spéciale d'un dol émanant des créanciers héréditaires (L. 32 pr., *Ad sct. Vell.*, XVI, 1). Cette décision s'inspirait de l'esprit du sénatusconsulte Velléien, en ce sens que le créancier, en faisant faire adition à la femme, avait voulu se procurer les avantages d'une *intercessio*.

moines, d'où il résulte : 1° que l'héritier n'est tenu des dettes que dans la limite de l'actif (1); 2° que, s'il était lui-même créancier ou débiteur du défunt, il est admis à se faire payer en concours avec les autres créanciers, de même qu'à l'inverse ils peuvent lui réclamer ce qu'il doit; 3° que les servitudes personnelles ou prédiales qu'il pouvait avoir sur un bien héréditaire subsistent, comme aussi les servitudes prédiales dont son propre fonds était grevé envers un fonds du défunt (§ 6 *sup.* — L. 22, C., *De jur. delib.*, VI, 30).

2° *Préjudice subi par les créanciers de l'héritier.* — La règle générale étant qu'un débiteur, même insolvable, reste libre d'aggraver par de nouvelles dettes la condition de ses créanciers, ce préjudice n'est jamais pris en considération pour lui-même : les créanciers de l'héritier doivent, dit-on, s'imputer d'avoir contracté avec lui (L. 1 § 2, *De sep.*, XLII, 6). Toutefois si l'adition a eu pour but de les frustrer, Ulpien nous apprend que le préteur peut les secourir *extra ordinem*, c'est-à-dire sans doute leur accorder une *in integrum restitutio* qui sera pour eux l'équivalent de la *bonorum separatio* dont je vais parler tout à l'heure, et leur assurera l'avantage d'être payé sur les biens de leur débiteur par préférence aux créanciers héréditaires (L. 1 § 5, *De sep.*) (2).

352 *a.* 3° *Préjudice subi par les créanciers du défunt.* — Il faut supposer, par exemple, que le défunt débiteur de deux cents laisse un actif égal aussi à deux cents, tandis que l'héritier, pour faire face à un passif personnel de deux cents, n'a que cent d'actif. Dans cette hypothèse, le défunt, s'il eût vécu, aurait intégralement payé ses créanciers, et l'héritier n'eût donné que 50 pour 100 aux siens. Aujourd'hui, venant tous ensemble dans une seule et même masse, ils auront tous 75 pour 100. Donc, perte nette pour les créanciers héréditaires, avantage non moins net pour ceux de l'héritier, voilà le résultat de l'adition. Ce résultat, le préteur le corrigea par l'introduction de la *bonorum separatio*. Dans la pratique, les ayant droit font valoir ce bénéfice incidemment à la procédure de la *bonorum venditio*. Supposez, en effet, que tous les biens de l'héritier, y compris ceux de

(1) L'héritier paye les créanciers et les légataires dans l'ordre où ils se présentent. Une fois l'actif héréditaire épuisé, il ne doit plus rien ni aux uns ni aux autres; mais les créanciers non payés sont admis à recourir contre les légataires qui ont reçu quelque chose (L. 22 §§ 4 à 7, C., *De jur. delib.*).

(2) Dans l'espèce l'action Paulienne serait insuffisante. Car contre qui la donnerait-on? contre le débiteur seul, et cela ne réparerait pas le préjudice.

This is corrected by the author Vol. 2, p. 1090. n.

la succession, sont saisis et vont être vendus en bloc : les créanciers du défunt demandent, non pas précisément à faire deux ventes, mais à distinguer dans le prix deux parts, dont l'une représentera la valeur des biens propres de l'héritier, l'autre la valeur des biens héréditaires, celle-ci devant leur être affectée par préférence, comme si le patrimoine du défunt avait fait l'objet d'une vente distincte (L. 1 § 1, *De sep.*, XLII, 6).

Le bénéfice de la *bonorum separatio* appartient à tous créanciers, même conditionnels, mais il n'y a que ceux qui le demandent qui en profitent (L. 4 pr.; L. 1 § 16, *De sep.*). Il ne peut être opposé que pendant les cinq ans qui suivent l'adition; et même, dans ce délai, il s'éteint, soit lorsque les deux masses de biens ont été confondues en fait de manière à rendre toute distinction impossible, soit lorsque les créanciers ont reçu de l'héritier un gage ou une caution, se sont fait promettre des intérêts, ou ont manifesté d'une manière quelconque qu'ils entendaient suivre sa foi et se contenter de son obligation (L. 1 §§ 10 à 13 et 15).

Par l'effet de la *bonorum separatio*, les créanciers du défunt viennent sur le prix de ses biens avant tous les créanciers personnels de l'héritier, même avant ses créanciers hypothécaires (L. 1 § 3, *De sep.*) (1). Mais réciproquement un droit de préférence semblable est acquis aux créanciers de l'héritier sur le prix des biens propres de leur débiteur. Ce sont là des points certains. Il n'est pas douteux non plus que l'héritier demeure héritier; d'où l'on conclut que, lorsque les dettes héréditaires n'épuisent pas tout le prix des biens de la succession, l'excédant se partage entre ses propres créanciers, et, s'il y a lieu, lui appartient à lui-même (L. 1 § 17, *De sep.*). De la même idée ne faut-il pas conclure aussi que, si les biens du défunt n'ont pas suffi à désintéresser pleinement les créanciers héréditaires, ils peuvent, à l'exclusion de l'héritier, s'approprier, jusqu'à concurrence de leurs droits, la portion du prix de ses biens que ses créanciers n'ont pas absorbée? Telle est l'opinion à la fois équitable et logique de Papinien (L. 3 § 2, *De sep.*). Mais il ne paraît pas qu'elle ait prévalu. Ulpien et Paul, tous les deux un peu plus récents, s'accordent à la repousser (L. 1 § 17; L. 5, *De sep.*), et ils en donnent un motif qui ressemble fort à une pétition de principe : c'est qu'en demandant la

(1) De là l'expression de *pignus* employée par Papinien pour caractériser le droit qui résulte de la *bonorum separatio* (L. 4 § 1, *De sep.*).

bonorum separatio, les créanciers héréditaires ont renoncé à poursuivre l'héritier, *recesserunt a persona heredis*. Paul ajoute que les biens du défunt, considérés par eux comme formant un patrimoine distinct, ne peuvent évidemment pas recevoir d'augmentation, motif assez peu convaincant, puisque la vraie question est de savoir s'ils ont entendu établir cette distinction des deux patrimoines dans leurs rapports avec l'héritier lui-même ou seulement dans les rapports des deux masses de créanciers entre elles (1).

DE LA RESCISION DES TESTAMENTS POUR CAUSE D'INOFFICIOSITÉ.

SOMMAIRE : I. Des personnes à qui appartient la *querela inofficiosi*. — II. Des conditions qu'elle exige. — III. De la nature et des effets de la *querela*. — IV. Comment elle s'éteint. — V. Législation des Novelles. — VI. Appendice sur les donations inofficieuses.

I. — DES PERSONNES A QUI APPARTIENT LA *querela inofficiosi*.

Lib. II, tit. XVIII, *De inofficioso testamento*, pr. — Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt, inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique præteritos : hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, quum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis; nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est (Marcian., L. 2, *De inoff. test.*, V, 2).

§ 1. — Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris consti-

Comme c'est presque toujours sans cause que les ascendants exhérèdent ou omettent leurs descendants, l'usage a permis aux descendants qui se plaignent d'une exhérédation ou d'une omission injuste d'exercer une action *de inofficioso testamento*, sous ce prétexte que le testateur n'était pas sain d'esprit au moment où il faisait ses dispositions. Et en parlant ainsi, l'on n'entend pas qu'il fût réellement fou, mais que son testament, quoique régulier, est contraire aux devoirs de l'affection; car s'il eût été vraiment fou, le testament serait nul.

Non-seulement les enfants peuvent attaquer comme inofficieux le testament de leurs ascendants, mais les ascendants peuvent attaquer celui de leurs descendants. Quant au frère et à la sœur, les saintes con-

(1) La *bonorum separatio* est également accordée aux légataires. Mais comme ils ne doivent être payés que sur l'actif net de la succession, elle n'a d'utilité pour eux qu'autant que le défunt est mort solvable (L. 6 pr., *De sep.*).

tutionibus prælati sunt; non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores, cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

stitutions ne les préfèrent aux héritiers inscrits que lorsque ceux-ci sont des personnes honteuses : ils ne peuvent donc pas exercer l'action contre tout héritier. Au delà des frères et sœurs, les simples cognats ne peuvent ni agir ni réussir dans leur action.

353. La théorie des testaments inofficieux fut, comme celle de l'exhérédation, une réaction contre l'extrême liberté du testateur, mais ce fut une réaction à la fois plus large et plus énergique : plus large, car cette théorie n'est pas conçue dans l'intérêt exclusif des descendants par les mâles; plus énergique, car elle ne se réduit pas à exiger du testateur une formalité matérielle facile à remplir, elle assure dans une certaine mesure le droit de l'héritier légitime qui n'a pas démérité.

Le testament inofficieux est celui qui, régulier en la forme, dépouille sans cause sérieuse un descendant, un ascendant, parfois même un collatéral appelé à la succession légitime. Par cela même, et de là vient son nom, ce testament dénote chez son auteur l'oubli des affections les plus naturelles et des devoirs qui y correspondent (*officium pietatis*); et, quoi qu'il pèche moins contre les règles du droit que contre les préceptes de la morale, la jurisprudence admit qu'il pourrait être rescindé par une action appelée *querela inofficiosi testamenti*. Mais, qu'on ne s'y trompe pas, le testament inofficieux ne fut jamais assimilé au testament nul ou devenu nul de plein droit : car, tandis que celui-ci reste inefficace, quoi qu'il arrive, et ne peut jamais servir de cause à une adition valable, le testament inofficieux reçoit sa pleine et définitive exécution toutes les fois que les intéressés prédécèdent ou ne l'attaquent pas. Mieux que cela, il ne peut être critiqué qu'après qu'il a produit ses effets; bien loin donc d'empêcher l'adition *ex testamento*, la *querela* la suppose déjà faite, mais alors elle vient l'effacer juridiquement avec toutes ses conséquences. Elle anéantit après coup le droit de l'institué et tous les droits qui dépendent du sien.

Les héritiers légitimes ou successibles *ab* intestat auxquels on accorde la *querela inofficiosi testamenti* sont les suivants :

1° Tous les descendants régulièrement exhérédés par un testateur qui *jure civili* ou *jure prætorio* était tenu de les instituer ou de les exhéréder. — Plus que probablement, la *querela* ne fut d'abord insti-

tuée qu'en faveur des enfants héritiers siens d'après le droit civil, et cela comme conséquence logique de leur copropriété dans les biens du père. Toutefois, comme cette action n'avait été consacrée par aucune loi formelle, et qu'elle heurtait la liberté anciennement reconnue au père de famille, les jurisconsultes essayèrent de la souder à un autre principe de tout temps admis : ils supposèrent que sous l'empire d'un accès de folie le testateur avait un instant perdu la *factio testamenti*, motif subtil et que ceux même qui le donnent ont bien raison de qualifier prétexte (*color*), puisque la folie annule de plein droit le testament, l'annule tout entier, et que le simple oubli des devoirs d'affection (*officium pietatis*) ne l'empêche pas de tenir jusqu'à rescision et souvent même ne le fait pas rescinder tout entier (LL. 2, 5 et 17 § 1, *De inoff. test.*, V, 2. — Pr. *sup.*) (1). Plus tard, quand le préteur eut exigé sans distinction l'institution ou l'exhérédation de tous les descendants *per masculos*, la *querela* fut donnée même à ceux qui n'avaient pas la qualité d'héritiers siens, et ici elle se justifiait par cette considération que les devoirs naturels d'un père sont indépendants de la *patria potestas*.

2° Tous les descendants omis par un ascendant qui n'était pas tenu de les instituer ou de les exhéréder, c'est-à-dire par la mère, par un ascendant maternel de l'un ou de l'autre sexe, ou par une ascendante paternelle (pr. *sup.* — Inst., § 7, *De exher. lib.*, II, 13) (2). — Cette application de la *querela* est certainement postérieure à la précédente : ce qui le prouve, c'est qu'il ne pouvait plus être question ici de la rattacher à la copropriété de famille; il fallait faire intervenir une idée toute différente, celle de l'identité des devoirs imposés à tout ascendant et des droits reconnus à tout descendant.

3° Les ascendants omis par leurs descendants (§ 1 *sup.*). — Cette nouvelle extension de la *querela* ne peut pas plus que la précédente

(1) Ce motif prouve clairement que la *querela* fut une institution coutumière : c'est donc à tort que d'après l'*inscriptio* d'un fragment de Gaius (L. 4, *De inoff. test.*), on l'a fait dériver d'une *lex Glitia* dont le nom seul nous est connu. Au surplus, cette action est fort ancienne, et déjà Cicéron (2a *act. cont. Verr.*, I, 42) en constate l'existence. Ailleurs (*pro Rosc. Amer.*, 19), le même auteur nous montre les mœurs romaines flétrissant avec sévérité le père de famille qui exhérédait ses enfants sans motif, sévérité d'autant plus facile à comprendre que pour cet enfant l'exhérédation c'était la misère et la privation du culte de ses ancêtres.

(2) Il arrivait quelquefois qu'une mère ou un ascendant maternel exhérédait ses descendants (Pline le Jeune, *Epist.*, V, 1). Mais une telle exhérédation, inutile pour la régularité du testament, ne pouvait avoir plus d'effet que l'omission pure et simple : elle n'enlevait donc pas à l'enfant le droit d'exercer la *querela*.

s'expliquer par une idée de copropriété (1), et c'est là ce que veulent signifier Papinien et Paul (L. 15 pr., *De inoff. test.*, — L. 7 § 1, *Si tab. test.*, XXXVIII, 6), en disant que l'hérédité des enfants n'est pas due à leurs ascendants. Le vrai motif gît donc dans la réciprocité d'affection et de devoirs que doit engendrer la relation d'ascendant à descendant.

4° Les frères et sœurs consanguins du défunt. — Mais ici la *querela* n'est admise qu'autant que l'institué est une *persona turpis*, c'est-à-dire un individu noté d'infamie ou dont l'*existimatio* n'est pas intacte, par exemple un affranchi (L. 27, C., *De inoff. test.*, III, 28. — Voir page 427, note 1). Cette quatrième application de la *querela* est très-ancienne, comme le prouve une anecdote rapportée par Valère Maxime (VII, 8, n° 4). Peut-être dériva-t-elle de cette idée que les biens du défunt avaient été autrefois la copropriété de ses frères et sœurs alors qu'ils étaient comme lui et avec lui soumis à la puissance du père commun. Par cette conjecture, on s'explique pourquoi l'on n'accorda la *querela* qu'aux frères et sœurs consanguins, non aux utérins (L. 1, C. Th., *De inoff. test.*, II, 19), restriction sur laquelle les Institutes se taisent (§ 1 *sup.*), mais que le code de Justinien conserve (L. 27, C., *De inoff. test.*) (2).

354. Ces quatre classes de personnes puisent le droit d'attaquer le testament dans une vocation *ab* intestat sans laquelle il est bien manifeste qu'elles ne sauraient se prétendre dépouillées (L. 6 § 1, *De inoff. test.*). Mais s'agit-il nécessairement ici d'une vocation fondée sur le droit civil? En d'autres termes, si, au lieu de leur enlever l'hérédité légitime qui ne leur était pas déférée, le testateur les a frustrées d'une *bonorum possessio*, n'auront-elles pas le même droit à exercer la *querela*, puisqu'elles subissent le même préjudice (3)? En ce qui concerne les descendants *per masculos*, j'ai déjà résolu la question affirmative-

(1) Je ferai remarquer cependant que le préteur paraît avoir admis d'une manière générale, et indépendamment du lien résultant de la *patria potestas*, une certaine copropriété entre les ascendants et les descendants, et il en tira une conséquence pour la fixation des délais dans lesquels la *bonorum possessio* devait être demandée (n° 459).

(2) En dehors des frères et sœurs, la *querela* est refusée d'une manière générale aux collatéraux (§ 1 *sup.*). Mais cette doctrine ne s'imposa pas sans discussion, puisque Ulpien nous apprend que de son temps encore la rescision des testaments était fréquemment demandée, quoique toujours sans succès, par de simples collatéraux (L. 1, *De inoff. test.*).

(3) Je me place, cela va de soi, dans l'hypothèse d'une *bonorum possessio cum re* (n°s 461 et s.).

ment en disant que la *querela* leur est donnée, alors même que le préteur seul commandait au testateur de les instituer ou de les exhéréder. La même solution est certaine tant à l'égard des descendants dont l'omission est licite que des ascendants, et cela revient à dire sous une autre forme que peu importe que leur droit de succession tienne à leur qualité même de descendants ou d'ascendants ou seulement à leur qualité de cognats les plus proches (1). Enfin quant aux frères et sœurs, le doute n'est pas non plus possible sous Justinien, qui, comme je l'expliquerai plus tard (n° 423), reconnaît des droits de succession identiques à tous les frères et sœurs, quels qu'ils soient. Mais si l'on remonte au droit classique, il paraît bien certain qu'en limitant la *querela* aux frères et sœurs consanguins, les jurisconsultes prenaient ce mot dans un sens étroit, comme signifiant des frères et des sœurs non-seulement issus du même père, mais restés agnats (2). C'est ce qui résulte d'une constitution de Constantin que Justinien a transportée du code Théodosien dans le sien en lui faisant dire tout le contraire de ce que dit l'original (L. 1, C. Th., *De inoff. test.*, II, 19. — L. 27, C., *De inoff. test.*).

De cette idée que, dans toutes les hypothèses qui précèdent, le droit à la *querela* suppose absolument la qualité de successible et en même temps en est la conséquence nécessaire, je tire les déductions suivantes :

1° Le testament fait par un fils de famille *de peculio castrensi* échappe à la critique de son père, puisque ce pécule ne peut pas faire l'objet d'une succession *ab* intestat (L. 10, *De pec. castr.*, XLIX, 17). Cette doctrine paraît, il est vrai, avoir soulevé quelque controverse pour le cas où le fils de famille n'était pas militaire. Mais Justinien la consacra sans distinction et l'étendit au pécule *quasi castrense* (LL. 24 et 37, C., *De inoff. test.*) (3).

(1) Deux passages de Valère Maxime (VII, 7, n° 3; 8, n° 2) mettraient, s'il le fallait, ce point hors de doute. Ainsi un fils, qui avait été adopté par son oncle maternel, fut omis par son père : à coup sûr il ne pouvait avoir de droit qu'à titre de cognat, cependant il obtint la rescision du testament. De même, bien avant le sénatus-consulte Orphitien, à une époque où les enfants ne succédaient à leur mère que comme cognats et non comme enfants, le même auteur présente comme rescindable le testament d'une femme qui avait omis sa fille.

(2) On verra plus tard (n° 423) que tel fut, pendant toute la période classique, le sens propre du mot *consanguinei*.

(3) Cette décision de Justinien pourrait-elle fournir un argument à ceux qui croient que, même dans la législation de ce prince, ce n'est pas à titre d'héritier que le père recueille le pécule *castrense* de son fils mort intestat (n° 297; page 730, note 1)? Je ne le pense pas; car si la *querela* suppose la qualité de successible, elle n'appartient pas pour cela à tout successible.

2° L'enfant donné en adoption ne peut critiquer le testament de l'adoptant qu'autant qu'il est resté dans la famille adoptive; et, à l'inverse, il n'est admis à attaquer celui du père naturel qu'autant qu'il est sorti de cette famille. Cependant, cette dernière décision ne prévalut pas sans résistance. Valère Maxime (VII, 7, n° 3) rapporte que, dans les derniers temps de la république, un adopté omis par son père naturel obtint la rescision du testament, et à la fin du second siècle Marcien décidait encore dans le même sens lorsque l'adoptant était pauvre (L. 10 pr. C., *De adopt.*, VIII, 48). Dans la législation des Institutes, il faut distinguer quel est l'adoptant. Est-ce un ascendant : le droit antérieur subsiste. Est-ce un *extraneus :* ici l'adopté peut toujours critiquer le testament de son père naturel, mais non jamais celui du père adoptif (n° 108. — Inst., § 2, *De inoff. test.*).

3° En supposant une émancipation qui n'a pas été faite *contracta fiducia*, le testament de l'émancipé peut être attaqué par ses descendants, et, s'il n'en laisse aucun, par son père. Et il ne faut pas objecter que d'après le droit civil c'est au *manumissor extraneus* qu'est déférée la succession de l'émancipé; car le droit de ce *manumissor* disparaît par l'effet de la *bonorum possessio unde decem personæ* que le préteur donne notamment aux enfants et au père (Inst., § 3, *De bon. poss.*, III, 9).

4° Soit un enfant émancipé qui meurt laissant son père et un ou plusieurs enfants tous exhérédés. Régulièrement, c'est à ces derniers qu'appartient la *querela*. Mais s'ils y renoncent ou s'ils l'intentent sans succès, le droit passe au père; et, pour généraliser, il faut dire que partout où il y aurait dévolution (*successio*) de la succession légitime au profit d'une des personnes précédemment désignées, il y a également dévolution de la *querela* (LL. 14 et 31 pr., *De inoff. test.*).

II. — DES CONDITIONS EXIGÉES POUR LE SUCCÈS DE LA *querela*.

Lib. II, tit. XVII, *De inofficioso testamento*, § 2. — Tam autem naturales liberi, quam, secundum nostræ constitutionis divisionem, adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt; nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de

Mais les enfants, soit naturels, soit adoptifs, selon la distinction admise par notre constitution, ne peuvent exercer l'action *de inofficioso testamento* que lorsqu'ils n'ont pas d'autre moyen d'arriver aux biens du défunt. Car ceux qui à un autre titre obtiennent tout ou partie de l'hérédité ne peuvent pas agir *de inoffi-*

inofficioso agere non possunt. Postumi quoque qui nullo alio jure venire possunt de inofficioso agere possunt.

cioso. Les posthumes aussi, lorsqu'ils n'ont aucun autre droit à faire valoir, peuvent exercer cette action.

§ 3. — Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est : quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, inofficiosi querela quiescente, id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum boni viri arbitratu debere eam compleri.

Mais ce qui vient d'être dit suppose que le testament ne laisse absolument rien aux héritiers : ainsi l'a voulu notre constitution par respect pour la nature. Que si la moindre part de l'hérédité ou une chose quelconque leur a été laissée, la *querela inofficiosi* n'étant plus admise, ils ont seulement le droit d'exiger le complément du quart de leur part légitime, et cela quoiqu'il n'ait pas été exprimé que ce quart leur serait complété d'après l'estimation d'un homme de bien.

§ 6. — Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio, vel aliis modis qui constitutionibus continentur.

Donc, pour être exclu de l'action *de inofficioso*, l'héritier doit avoir sa quarte, soit à titre d'héritier, soit par legs, fidéicommis, donation *mortis causa*, et même donation entre-vifs dans les cas spéciaux que notre constitution mentionne ou qui sont exprimés dans d'autres constitutions.

§ 7. — Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est ut, sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, et pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione, quarta.

Ce que nous avons dit de la quarte doit s'entendre en ce sens que, soit qu'il y ait un ou plusieurs héritiers ayant le droit d'agir *de inofficioso testamento*, il n'y a lieu qu'à une seule quarte, et qu'elle doit être distribuée entre eux proportionnellement à leur droit, c'est-à-dire par parts viriles.

355. Si nous nous plaçons spécialement dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle d'une *querela inofficiosi* intentée par un descendant, le succès de cette action est subordonné à trois conditions :

1° Il faut d'abord que le descendant n'ait pas reçu par acte de dernière volonté le quart au moins de sa part héréditaire *ab* intestat. Cela revient à dire que, quel que soit le nombre des descendants, l'ascendant ne peut jamais disposer à leur détriment de plus des trois quarts de ses biens, et que, s'il sont plusieurs, le quart qu'il leur laisse doit leur être réparti par lui-même selon les proportions établies par la loi pour le partage de la succession (§ 7 *sup.*). On voit par là que le but du législateur est bien moins de contraindre le père à instituer ses enfants que d'empêcher qu'il ne les dépouille absolument : d'où je conclus que, s'ils n'ont été institués que pour une part inférieure au quart de leur droit *ab* intestat, ils ne sont pas exclus de la *querela;* autrement, l'ascendant aurait toute facilité d'éluder la règle en les instituant pour une fraction dérisoire, par exemple *ex millesima parte* (1).

Le quart dû aux enfants s'appelle *quarta legitimæ partis*, par abréviation *quarte légitime*, ou encore plus simplement *légitime*. Si l'on recherche pourquoi le législateur s'arrêta à ce chiffre, le motif m'en paraît bien clair : si le père eût institué son enfant pour la totalité de sa part *ab* intestat, il aurait pu, d'après la loi Falcidia, le grever de legs, comme un institué quelconque, jusqu'à concurrence des trois quarts de l'institution; il l'eût donc ainsi réduit au quart de ses droits d'héritier légitime. Or l'on ne pourrait pas admettre que l'enfant exhérédé eût un droit plus fort que l'enfant institué. La quarte légitime n'est donc qu'une émanation de la quarte Falcidie (2), et l'analogie apparaît avec évidence dans la manière même dont on la calcule. En effets, trois règles, que je reproduirai à propos de la quarte Falcidie (n° 401), doivent être posées ici : 1° la quarte légitime ne comprend que le quart des biens appartenant au testateur au jour même de son décès. Si donc il laisse une fortune de deux cents, eût-il, par des donations entre-vifs ~~ou autrement,~~ disposé d'une somme égale ou plus forte, la quarte ne sera, en principe, que de cinquante (L. 6, C., *De inoff. test.*), 2° elle se calcule sur l'actif net, c'est-à-dire déduction faite des dettes du défunt et des frais funéraires : elle disparaît donc quand le testateur a laissé une hérédité

(1) Cela résulte des Institutes (§ 6 *sup.*), et c'est à cette même idée que Paul (IV, 5 § 5) fait allusion en disant que l'enfant institué *ex asse* n'a pas la *querela;* car il peut toujours obtenir son quart en faisant subir la réduction légale aux légataires et aux fidéicommissaires.

(2) Voilà pourquoi, très-improprement, la quarte légitime est quelquefois appelée quarte Falcidie (L. 5 § 3, C., *Ad leg. Jul. maj.*, IX, 8).

insolvable; 3° enfin, de l'actif net il faut déduire la valeur des esclaves affranchis par testament (L. 8 § 9, *De inoff. test.* — Paul, IV, 5 § 6).

J'ai dit que l'enfant doit avoir reçu sa quarte par libéralité de dernière volonté, c'est-à-dire par voie de disposition testamentaire ou de donation *mortis causa*. Donc, le testateur lui eût-il fait des donations entre-vifs beaucoup plus considérables que sa quarte, cela ne lui ôterait pas le droit d'intenter la *querela*, décision étroitement corrélative à cette idée que les biens donnés entre-vifs à des étrangers ne comptent pas dans la masse dont le quart est dû à l'enfant. Tout en consacrant cette règle du droit classique, Justinien en excepta les donations *dotis causa*, les donations *propter nuptias*, et les donations faites *ad emendam militiam*, c'est-à-dire pour subvenir à l'achat de certains offices (§ 6 *sup.* — LL. 29 et 30, C., *De inoff. test.*). Laissant de côté ces cas exceptionnels, que décider lorsque l'ascendant donateur a formellement exprimé que la valeur des biens donnés s'imputerait sur la quarte? Ulpien (L. 25 pr., *De inoff. test.*) rejette ici la *querela*, mais les termes dans lesquels il s'exprime témoignent que son opinion n'était pas généralement admise. Au contraire Papinien (L. 16, *De suis et leg.*, XXXVIII, 16) et Paul (IV, 5 § 8) méconnaissent sans hésiter la condition imposée par le donateur, et leur doctrine, déjà confirmée par un rescrit d'Alexandre Sévère (L. 3, C., *De coll.*, VI, 2~~3~~), fut définitivement consacrée sous Justinien, par ce motif que la renonciation de l'enfant à la *querela* ne serait jamais complétement libre (L. 35 § 1, C., *De inoff. test.*).

Il est possible que le père ait eu l'intention de laisser la quarte à son descendant, et qu'en fait il lui ait laissé moins, soit qu'il ignorât alors l'importance de sa fortune, soit qu'il l'ait accrue par des acquisitions postérieures. En pareil cas, le droit classique admettait la *querela*, comme si l'enfant n'eût absolument rien reçu. Pour la lui ôter, il fallait que la disposition fût accompagnée de cette clause expresse *ut quarta arbitratu boni viri repleretur* (L. 4, C. Th., *De inoff. test.*, II, 19). Justinien (§ 3 *sup.* — L. 30 pr., C., *De inoff. test.*) sous-entendit cette clause dans toutes les libéralités qui s'imputent sur la quarte, de telle sorte que désormais l'admissibilité de la *querela* suppose que l'enfant n'a absolument rien reçu *mortis causa*. S'il a reçu la moindre chose, il n'a plus que le droit d'exiger le complément de sa quarte (1),

(1) En conséquence de cette innovation, Justinien a retouché et complété un texte d'Ulpien (L. 25 pr., *De inoff. test.*) qu'il eût beaucoup mieux fait de supprimer absolument, puisque c'est celui qui admet la validité de la clause en vertu de

et cela par une action purement personnelle, la *condictio ex lege* (L. unic., *De cond. ex leg.*, XIII, 2). Il est donc traité, non pas comme cohéritier, mais comme créancier de la succession, et par conséquent l'on peut se demander s'il est admis à exiger une portion des biens en nature (1).

2° La *querela inofficiosi* n'est ouverte à l'enfant qu'autant qu'il ne trouve ni dans le droit civil ni dans la législation prétorienne aucune autre voie pour obtenir le quart au moins de sa part héréditaire *ab* intestat (§ 2 *sup.*) (2). Par application de ce principe, elle est refusée : 1° aux filles et aux petits-enfants en puissance qui ont été omis par le père de famille; car le droit civil leur offre la ressource du *jus accrescendi*, et le droit prétorien celle de la *bonorum possessio contra tabulas* (n° 333 et 334); 2° au fils émancipé omis par son ascendant; car il peut demander la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 23 pr., *De inoff. test.*); 3° à l'adrogé impubère qui a été exhérédé, car il a droit à la quarte Antonine (n° 112) (3). A plus forte raison, la *querela* est-elle refusée comme inutile à l'enfant qui peut venir à titre d'héritier légitime, soit à cause de la nullité du testament, soit parce que les institués ont refusé de faire adition (L. 8 § 10, *De inoff. test.*).

3° Il faut que l'exhérédation ou l'omission ne s'explique par aucune cause sérieuse, et il va de soi que, conformément à la règle générale, la preuve incombe toujours au réclamant (L. 28, C., *De inoff. test.*) (4). Car on ne peut pas ériger en présomption que le testateur a manqué à ses devoirs de père. Les causes légitimes d'exhérédation ou d'omission n'étant limitativement déterminées par aucun texte, le juge jouit ici de la plus grande latitude d'appréciation. Ce qu'on peut dire de plus précis, c'est qu'il devra examiner avant tout la conduite tenue par le

laquelle une donation entre-vifs doit être imputée sur la quarte. Du reste, l'ancien droit permettait sans difficulté à l'enfant qui n'avait reçu qu'une partie de la quarte d'en demander le simple complément au lieu d'intenter la *querela* (Paul, IV, 5 § 7).

(1) Les ascendants avaient droit, comme les enfants, à une quarte légitime. Quant aux frères et sœurs, ils n'y pouvaient évidemment pas prétendre, lorsque l'institué était une *persona honesta*.

(2) Le même principe s'applique à l'égard des ascendants. Si donc on suppose qu'un fils émancipé *contracta fiducia* a omis l'ascendant émancipateur, celui-ci n'aura pas la *querela*, car le préteur lui donne une *bonorum possessio contra tabulas* à l'effet d'obtenir la moitié de la succession (n° 449).

(3) Dans ces trois cas le réclamant est plus favorablement traité que s'il exerçait la *querela*, en ce sens qu'il n'a pas besoin d'établir l'injustice de l'omission ou de l'exhérédation.

(4) Elle lui incombe également dans l'action en supplément de la quarte légitime (L. 30 pr., C., *De inoff. test.*).

réclamant envers le testateur; mais il tiendra compte aussi de sa conduite générale, et par exemple les textes considèrent comme fondée soit l'exhérédation d'un fils gladiateur (*arenarius*) par un père de condition honorable, soit l'omission d'une fille de mauvaises mœurs par sa mère (LL. 11 et 19, C., *De inoff. test.*). Il y a mieux : l'exhérédation d'un petit-fils peut être justifiée par l'inconduite de son père prédécédé, et à cela rien d'inique, puisque le père, s'il eût survécu, aurait été lui-même dépouillé de l'hérédité et ne l'aurait pas transmise à son fils (L. 3 § 5, *De bon. poss. cont. tab.*, XXXVII, 4) (1).

III. — DE LA NATURE ET DES EFFETS DE LA *querela inofficiosi.*

Lib. II, tit. XVIII, *De inofficioso testamento*, § 5. — Sed si e contrario, pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit et superatus est, ipse tutor, quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

Mais si, à l'inverse, le tuteur a exercé l'action *de inofficioso* au nom d'un pupille à qui rien n'avait été laissé et qu'il ait succombé, le tuteur lui-même ne perd pas le legs qui lui a été fait dans le même testament.

356. Si d'une part on considère le but de la *querela inofficiosi testamenti*, qui est de faire réputer le testateur décédé intestat et d'investir de l'hérédité le réclamant qui triomphe, on y verra une véritable pétition d'hérédité (L. 20, *De inoff. test.*), et ce caractère se manifeste particulièrement en ce qu'elle rentre dans la compétence du tribunal centumviral (L. 17 pr., *De inoff. test.* — L. 12 pr., C., *De hered. pet.*, III, 31). Cependant, tandis que la pétition d'hérédité ordinaire est admise contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore*, la *querela*, par la force des choses, ne peut être intentée que contre qui possède à titre d'institué ou de successeur universel de l'institué (LL. 1 et 10, C., *De inoff. test.*) (2). Si d'autre part on s'attache au motif même de cette action, fondée sur ce que le testateur a voulu infliger à

(1) On comprend par cette hypothèse comment il peut se faire qu'un impubère, qu'un posthume même soit légitimement exhérédé (§ 2 *sup.*, *in fine*). Cela se comprend mieux encore lorsque l'exhérédation est fondée sur l'intérêt de l'enfant Par exemple, pour lui éviter les embarras d'une succession compliquée, le père l'exhérède et lui laisse un fidéicommis ou un legs considérable. Ulpien constate que cela était fréquent (L. 18, *De lib. et post.*, XXVIII, 2).

(2) Je signale, comme pures curiosités, certains cas exceptionnels où la *querela* est donnée contre un *bonorum possessor contra tabulas*, c'est-à-dire contre un successeur *ab* intestat (L. 16 § 1, *De inoff. test.*)

son héritier le dommage et la honte d'une exhérédation ou d'une omission imméritée, la *querela* participe en quelque chose de l'action *injuriarum*. De même, en effet, que celle-ci emporte infamie pour l'auteur de l'injure, de même aussi la *querela* se résout en une flétrissure posthume pour le défunt; et voilà pourquoi ce n'est qu'à défaut de toute autre voie qu'elle est ouverte à l'héritier dépouillé. Mais c'est surtout en ce qui concerne les modes d'extinction de la *querela* (n° 358) qu'apparaîtra sa ressemblance avec l'action d'injures.

Il faut envisager les résultats de la *querela*, soit qu'elle échoue, soit qu'elle réussisse. Quand elle échoue, l'adition faite par l'institué conserve toute sa force, et le testament s'exécute comme si la rescision n'en eût jamais été demandée. A cette règle, on ne dérobe que les dispositions faites au profit du réclamant lui-même : elles lui sont confisquées pour indignité, ainsi que la quarte à laquelle il aurait eu droit d'après la loi Falcidia ou le sénatus-consulte Pégasien (L. 8 § 14, *De inoff. test.*) (1). Mais cette confiscation suppose qu'il a agi de son propre chef, qu'il a lui-même engagé l'action et qu'il l'a suivie jusqu'au bout. Elle ne s'applique donc ni au tuteur qui a introduit la *querela* au nom de son pupille, ni, en cas d'adrogation ou de décès du réclamant, à l'adrogeant ou à l'héritier qui ont continué l'action, ni enfin à celui qui s'est désisté ou qui a simplement fait défaut au jour de la sentence (§ 5 *sup.* — L. 22 §§ 2 et 3; L. 8 § 14, *De inoff. test.*).

Passons au cas où le *querelans* réussit à établir sa demande. Si d'abord nous nous attachons à l'hypothèse simple d'un unique enfant agissant contre un *extraneus* unique institué, la sentence du juge emporte de plein droit rescision entière du testament et fait réputer le défunt mort intestat. Du même coup l'institué se trouve dépouillé, et l'hérédité est acquise au *querelans* (2), qui succède ainsi à tout l'actif et à toutes les

(1) C'est une règle générale que quiconque attaque un testament et échoue perd les libéralités qui lui ont été laissées par le défunt. Quelques-uns étendaient cette sévérité au *suus* qui s'abstient. Mais leur opinion fut rejetée (L. 87, *De leg.* 1°, XXX). On remarquera de plus que l'échec du *querelans* ne lui enlève pas, s'il y a lieu, son droit à la quarte Antonine; car il ne la tient pas de la volonté du défunt, elle n'est, comme on l'a déjà vu, qu'une dette de la succession (L. 8 § 15, *De inoff. test.* — N° 112). Pareillement le *querelans* conserve le droit d'exercer à un autre titre la *petitio hereditatis* (L. 3, C., *De pet. her.*, III, 31).

(2) Le *querelans* est toujours saisi de plein droit, sans distinguer s'il est *suus* ou non. Car comment concevoir qu'il fût reçu à répudier une hérédité qu'il a demandée en justice? On peut donc dire que l'exercice de la *querela* équivaut à une adition, et que cette adition devient efficace par la sentence qui annule le testament.

dettes, soit comme héritier, soit comme *bonorum possessor*, soit en l'une et l'autre qualité (L. 8 § 16, *De inoff. test.*) (1). Quant aux legs et aux affranchissements, ils s'évanouissent de plein droit (2). Les Romains obéissent ici au principe arbitraire qui subordonne toutes les dispositions testamentaires à l'institution; mais ils n'y obéissent qu'en dérogeant à un autre principe beaucoup plus rationnel, celui qui restreint entre les parties l'autorité de la chose jugée : ils réputent donc les légataires et les esclaves affranchis représentés par l'institué, et c'est ce qu'ils expriment en disant qu'en cette matière le juge fait le droit (L. 17 § 1, *De inoff. test.* — L. 14 pr., *De appell.*, XXIX, 1) (3). Mais, comme cette doctrine pourrait encourager une collusion coupable entre l'institué et le *querelans*, on ne l'applique pas lorsque l'institué ne s'est pas présenté pour répondre à la demande (L. 14 § 1, *De appell.*); et, alors même qu'il défend, on permet toujours aux légataires et aux esclaves affranchis, soit d'intervenir dans l'instance, soit d'interjeter appel de la sentence qui rescinde le testament (L. 29 pr., *De inoff. test.* — L. 14, pr., *De appell.*) (4).

357 *a*. La *querela* n'aboutit pas toujours à une rescision complète du testament. Le *querelans* ne pouvant d'une part obtenir plus que ses droits d'héritier légitime, ni d'autre part dépouiller l'institué au delà de la quotité pour laquelle l'institution est jugée inofficieuse, un certain nombre d'hypothèses se présentent dans lesquelles le succès de la *querela* aboutit à faire réputer le défunt mort partie testat, partie intestat. Voici les principales : 1° le testateur a omis son frère et institué deux personnes, l'une *honesta*, l'autre *turpis*. Celle-ci seule, comme on l'a vu, étant réputée instituée *contra officium pietatis*, le frère omis ne peut obtenir la rescision que pour moitié (L. 24, *De inoff. test.*) ; 2° soit

(1) Si l'institué était créancier ou débiteur du défunt, les effets de la confusion s'effacent (L. 21 § 2, *De inoff. test.* — L. 22, C., *De inoff. test.*).

(2) Il y a donc lieu à répétition des legs déjà payés. Mais à qui appartient la *condictio*? Au *querelans*, quand le payement est antérieur à l'exercice de son action; à l'institué, quand il a payé pendant le procès (L. 8 § 16, *De inoff. test.*). Dans ce dernier cas seulement, l'institué répond envers le *querelans* de l'insolvabilité du légataire, et là est le grand intérêt pratique de la distinction.

(3) Ce que je dis des legs est également vrai des fidéicommis. Eussent-ils été laissés *ab intestato*, c'est-à-dire avec l'intention chez le disposant de les mettre au besoin à la charge de l'héritier *ab* intestat, ils tombent, et cela par une suite de la fiction qui répute le testateur fou (L. 36, *De leg.* 3°, XXXII).

(4) Une lettre de Pline le Jeune (V, 1) nous apprend que fort souvent les institués vaincus dans la *querela* encouraient une accusation capitale. Mais ce n'était là certainement qu'un résultat accidentel tenant à des circonstances spéciales; ce ne pouvait une conséquence régulière de leur échec.

deux filles, l'une omise, l'autre instituée pour un quart, puis un *extraneus* institué pour le surplus. La fille instituée et que je suppose avoir fait adition ne peut pas se plaindre, le testateur lui ayant laissé bien au delà de sa quarte légitime ; d'autre part, la fille omise n'étant appelée *ab* intestat qu'à une moitié, ne peut rien enlever de plus à l'institué *extraneus* (L. 19, *De inoff. test.*); 3° soit deux enfants exhérédés en présence d'un *extraneus* institué. Il est possible que l'un des deux ne veuille pas exercer la *querela* (L. 16 pr., *De inoff. test.*). Il est possible aussi que, tous les deux agissant, l'un triomphe et l'autre échoue, cela si l'exhérédation paraît inique à l'égard de l'un et fondée à l'égard de l'autre (L. 29 pr., *De except. rei jud.*, XLIV, 2); 4° de même, étant donné un seul enfant exhérédé en présence de deux *extranei* institués, on conçoit encore que, les actionnant tous les deux, il gagne son procès contre l'un et le perde contre l'autre (1). Ce résultat sans doute implique erreur de l'un des deux juges; mais une erreur judiciaire ne détruit pas l'autorité de la chose jugée (L. 15 § 2, *De inoff. test.*).

Dans ces hypothèses et autres semblables où il ne s'opère qu'une rescision partielle, le *querelans* devient le cohéritier de l'institué dont le droit subsiste. De là indivision des choses corporelles et partage de plein droit des créances et des dettes (L. 15 § 2, *De inoff. test.*). Quant aux legs, puisque le défunt est en partie testat, en partie intestat, ils ne peuvent être ni annulés ni maintenus pour le tout; mais ils subissent une réduction proportionnelle à la part héréditaire qui est acquise au *querelans* (L. 76 pr., *De leg.* 2°, XXXI) (2). Cette réduction n'est pas possible à l'égard des affranchissements; on les maintient donc intégralement, mais à la charge pour les esclaves affranchis de payer au *querelans* la valeur du droit qu'il aurait eu sur eux (L. 29 pr., *De except. rei. jud.* — L. 10, *De inoff. test.* — L. 13, C., *De inoff. test.*).

(1) C'est probablement à une hypothèse de ce genre que Pline le Jeune fait allusion dans une lettre où il raconte que, plaidant pour une fille exhérédée par son père, il triompha devant deux des quatre chambres du tribunal centumviral et échoua devant les deux autres (*Epist.*, VI, 33. — N° 736).

(2) Si le legs a pour objet une chose indivisible, par exemple une servitude prédiale, la réduction en nature étant évidemment impossible, le légataire obtiendra la valeur estimative de la portion pour laquelle son droit n'est pas annulé. Mais le *querelans* reste libre de consentir à l'établissement de la servitude moyennant indemnité pour sa part, et le légataire qui refuserait cette offre serait repoussé par une exception de dol (L. 76 pr., *De leg.* 2°, XXXI).

IV. — COMMENT S'ÉTEINT LA *querela*.

Lib, II, tit. XVIII, *De inofficioso testamento*, § 4. — Si tutor, nomine pupilli cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, quum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

Si le tuteur a accepté au nom de son pupille un legs contenu dans le testament de son propre père, alors que rien ne lui a été laissé à lui-même, il pourra néanmoins attaquer comme inofficieux le testament de son père.

358. La *querela inofficiosi testamenti* s'éteint de trois manières :

1° *Par un délai de cinq ans* (1). — En cela cette action diffère à la fois de la pétition d'hérédité qui est perpétuelle et de l'action d'injures qui est annale. Sur le point de départ de ce délai, les jurisconsultes ne s'accordèrent pas, Modestin le faisant courir dès le décès, Ulpien du jour seulement de l'adition. Cette seconde opinion, beaucoup plus logique, puisque la *querela* suppose que l'institué a fait adition, fut consacrée par Justinien. Mais en même temps, pour ne pas prolonger le délai outre mesure et pour fixer promptement la situation de l'hérédité, ce prince exigea que l'institué se prononçât dans les six mois du décès, s'il habitait la même province que le *querelans*, sinon, dans l'année (L. 36 § 2, *De inoff. test.*).

2° Par la mort du *querelans*. — C'est ici surtout que s'accuse l'analogie de la *querela inofficiosi* avec l'action d'injures. Cependant on se montre un peu moins rigoureux en notre matière, en ce sens que les héritiers du *querelans* sont admis non-seulement à suivre l'action intentée et arrivée jusqu'à la *litis contestatio*, mais encore à l'introduire eux-mêmes, lorsqu'il est constant que leur auteur est mort se préparant à le faire (L. 6 § 2 ; L. 7, *De inoff. test.* — L. 5, C., *De inoff. test.*) (2). Justinien innova en décidant que le *querelans* mort

(1) Peut-être que primitivement le délai fut de deux ans (Pline le Jeune, *Epist.*, V, 1). Du reste, même après l'expiration des cinq ans, le droit classique admet la *querela ex magna et justa causa*. Mais alors les esclaves affranchis conservent la liberté, sous la charge de payer chacun une certaine somme au *querelans* (L. 8 § 17, *De inoff. test.*).

(2) Un texte des sentences de Paul (I, 13b § 4) porte que la pétition d'hérédité s'éteint lorsque l'héritier meurt avant la *litis contestatio*. Cette décision, qui serait absolument fausse à l'égard de la pétition d'hérédité ordinaire, ne doit être entendue que de la *querela*, et encore est-elle trop absolue, puisque la *litis præparatio* équivaut ici à la *litis contestatio*.

deliberante instituto transmettrait toujours son action à ses héritiers en ligne descendante (LL. 34 et 36 § 2, C., *De inoff. test.*).

3° *Par la renonciation.* — Cette renonciation se présente sous des formes très-variées. Elle résulte 1° d'un désistement ou abandon de l'instance déjà engagée (L. 8 § 1, *De inoff. test.*); 2° d'un pacte de remise gratuite; 3° d'une transaction (1); 4° enfin de tout acte qui implique adhésion au testament (L. 23 § 1, *De inoff. test.*). Tel est notamment l'acte par lequel la personne exhérédée ou omise soutient comme avocat ou comme *procurator ad litem* la demande d'un légataire (L. 32 pr., *De inoff. test.*). Telle est aussi, et à plus forte raison, l'acceptation qu'elle fait elle-même et en son propre nom d'un legs ou de toute autre libéralité laissée par le testateur (2). Mais cela suppose qu'elle accepte dans son propre intérêt. Ainsi pas de déchéance, lorsque la libéralité doit être restituée à un tiers sans aucune retenue possible (L. 10 § 1, *De inoff. test.*). Ainsi et plus évidemment encore, le tuteur exhérédé par son propre père conserve le droit d'intenter la *querela* en son nom personnel, quoiqu'il ait accepté un legs laissé au pupille : car, en accomplissant son devoir de tuteur, il n'a pas pu perdre ses droits de fils (§ 4 *sup.*) (3).

V. — LÉGISLATION DES NOVELLES.

359. Postérieurement à la promulgation des Institutes et du Code, Justinien refondit presque entièrement la théorie qui vient d'être exposée. Voici le tableau de ses réformes :

1° Les causes qui justifient l'exhérédation ou l'omission ne seront plus laissées à l'appréciation du juge. Justinien en donne une énumération limitative, et exige que dans chaque cas le testament précise celle qui a déterminé l'exclusion (Nov. 115, cap. 3 et 4; Nov. 22, cap. 47 pr.) (4).

(1) Quand la transaction s'opère par simple convention, c'est-à-dire sans qu'une action soit acquise au *querelans*, la *querela* ne s'éteint pas immédiatement, et elle peut être reprise tant que l'institué n'a pas exécuté la convention (L. 27 pr., *De inoff. test.*). Il est évident, au surplus, que la transaction sur la *querela* ne peut être valablement conclue qu'après la mort du testateur.

(2) L'acceptation d'une libéralité n'empêche pas d'attaquer le testament pour toute autre cause que celle d'inofficiosité (L. 5 pr., *De his quæ ut ind.*, XXXIV, 9).

(3) Les causes d'extinction de la *querela* s'appliquent-elles à l'action en complément de la quarte? Je le pense. Quant à la renonciation, cela est formellement exprimé par Justinien (L. 35 § 2, C., *De inoff. test.*).

(4) Ces textes fixent quatorze justes causes d'exclusion à l'égard des descendants, huit pour les ascendants, trois pour les frères et sœurs.

2° Pour exclure la *querela*, il ne suffit plus que le testateur laisse à chaque enfant le quart de sa part d'héritier légitime. Il doit leur laisser ou le tiers de son patrimoine, si leur nombre ne dépasse pas quatre, ou la moitié s'ils sont plus nombreux (Nov. 18, cap. 1) (1). Comme on le voit, dans ce système un unique enfant aura une légitime aussi considérable que l'auraient quatre enfants entre eux tous. Ce qui est bizarre, ce qui rend la combinaison de Justinien véritablement vicieuse, c'est qu'elle aboutit, s'il y a cinq enfants, à leur donner à chacun un dixième de l'hérédité, tandis qu'en supposant seulement quatre enfants ils n'auraient qu'un douzième par tête (2).

3° Il ne suffit plus que la légitime soit laissée à l'enfant ou à l'ascendant par une disposition de dernière volonté quelconque ; il faut qu'elle lui appartienne à titre d'institué, réforme dont on ne comprend guère le but, puisque la qualité d'héritier, au lieu d'ajouter au bénéfice de l'enfant, ne fera que le soumettre aux embarras d'une liquidation souvent compliquée (Nov. 115, cap. 3 et 4) (3). De cette innovation il résulte que l'action en complément de la légitime se transforme nécessairement. Si en effet l'enfant n'a pas été institué pour toute la quotité à laquelle il a droit, ce n'est plus par voie d'action personnelle qu'il réclamera la différence ; ce sera par une véritable pétition d'hérédité, puisque Justinien veut qu'il ait cette quotité à titre d'héritier. Il est visible, au surplus, que, tandis qu'autrefois l'enfant obtenait un quart de l'actif net, ce qu'il aura désormais, c'est le tiers ou la moitié de l'actif brut ; et à ce point de vue il peut arriver en fait que ce changement de législation lui soit défavorable.

4° Désormais le succès de la *querela* ne fera plus tomber que l'institution, sans porter la moindre atteinte ni aux legs ni aux autres dispositions contenues dans le testament (Nov. 115, cap. 3 § 14, cap. 4 § 5). On peut donc considérer le *querelans* triomphant comme réputé institué à la place de l'héritier choisi par le testateur, ou plus simplement dire

(1) Les petits-enfants *ex eodem patre* comptent-ils pour autant d'enfants ou pour un seul ? Par exemple, le défunt laisse un enfant et cinq petits-enfants *ex altero filio defuncto :* la légitime est-elle de moitié ou du tiers ? Cette dernière opinion me paraît plus probable, car les choses doivent logiquement se passer comme si l'enfant prédécédé arrivait lui-même.

(2) La légitime des ascendants fut-elle augmentée par Justinien et portée au tiers ? Peut-être est-il permis de le croire d'après la Novelle 18 (cap. 1, *in fine*).

(3) Justinien, il est vrai, se contente de dire que le légitimaire doit absolument être institué, il n'exprime pas que l'institution doive comprendre sa légitime tout entière. Mais il n'exprime pas non plus le contraire

que Justinien rompt avec le principe ancien qui regardait l'institution comme *caput et fundamentum testamenti.*

VI. — APPENDICE SUR LES DONATIONS INOFFICIEUSES.

360 *a*. L'hérédité ne comprenant jamais que les biens dont le défunt avait la propriété au jour de son décès, et la quarte légitime ne se calculant, comme on l'a vu, que sur ces biens, tout propriétaire trouvait dans la faculté illimitée de disposer entre-vifs un moyen de dépouiller légalement ses héritiers tout en les instituant ou même sans prendre la peine de tester. De là une action *ad exemplum inofficiosi* pour leur permettre de faire rescinder les donations qui les frustraient de leur quarte. Ce sont ces donations que l'on appelle inofficieuses : la rescision en pouvait être demandée, soit que le disposant fût mort testat ou intestat, mais seulement jusqu'à concurrence de la quarte.

Cette action, qui paraît avoir été créée par un rescrit d'Alexandre Sévère (L. 87 § 3, *De leg.* 2°, XXXI) (1), n'appartient jamais qu'aux héritiers à qui la loi veut assurer une quarte, c'est-à-dire aux descendants et aux ascendants injustement dépouillés (*Fr. Vat.*, §§ 280 et 282). Comme la *querela inofficiosi*, elle n'est admise qu'en l'absence de toute autre voie, et je trouve dans les textes deux applications de cette idée : 1° le défunt étant un mineur de vingt-cinq ans, son héritier doit recourir à l'*in integrum restitutio*, voie plus avantageuse d'ailleurs en ce qu'elle lui procure le bénéfice de la rescision pour le tout et non pas seulement dans la mesure de sa quarte (L. 4, C., *De inoff. donat.*, III, 29) ; 2° si l'héritier dépouillé se trouve dans l'indivision avec le donataire, l'action *familiæ erciscundæ* lui suffit. C'est ce qui arrive lorsque le donateur ne laisse pour héritiers que des enfants *in potestate* et que la donation exagérée a été faite précisément à l'un d'eux (*Fr. Vat.*, § 281).

D'après quelques interprètes, l'action *ad exemplum inofficiosi* supposerait non-seulement le préjudice, mais la fraude. Pour la rendre possible, il ne suffirait donc pas que la donation dépouillât injustement l'héritier de sa quarte, il faudrait encore que le disposant eût prévu et voulu ce résultat. Mais ce qui réfute péremptoirement cette doctrine, c'est que l'enfant est autorisé à demander la rescision des donations

(1) Ce rescrit semble admettre la rescision jusqu'à concurrence de la part héréditaire du réclamant. Mais il est bien certain que telle ne fut pas la doctrine définitive.

faites même avant sa naissance (L. 5, C., *De inoff. donat.*). Si donc on rencontre des textes qui supposent la donation faite *ad excludendam querelam* ou *intervertendæ quæstionis inofficiosi causa*, ce n'est pas qu'ils veuillent faire de la fraude une condition de l'action, c'est qu'en fait le donateur aura presque toujours agi avec la conscience du préjudice qu'il allait causer à son héritier (LL. 1 et 8, C., *De inoff. donat.*) (1).

DES COMPLICATIONS RÉSULTANT DE LA PLURALITÉ DES INSTITUTIONS.

SOMMAIRE : I. De la répartition de l'hérédité entre les institués, et du partage. — II. Du cas où il y a une ou plusieurs institutions *ex certa re*. — III. Du droit d'accroissement.

I. — DE LA RÉPARTITION DE L'HÉRÉDITÉ ENTRE LES INSTITUÉS, ET DU PARTAGE.

Lib. II, tit. XIV, *De heredibus instituendis*, § 4. — Et unum hominem, et plures in infinitum, quot quis velit, heredes facere licet.

§ 5. — Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, utputa hæc : uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Non autem utique duodecim uncias esse oportet; nam tot unciæ assem efficiunt, quod testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse, verbi gratia, heredem scripserit, totus as in semisse erit; neque enim idem ex parte testatus et ex

On peut instituer un ou plusieurs héritiers, et autant qu'on en veut, indéfiniment.

Presque toujours l'hérédité se divise en douze onces dont la réunion forme ce qu'on appelle un as. Ces parts ont elles-mêmes des noms spéciaux, depuis l'once jusqu'à l'as, savoir : *uncia* ($^1/_{12}$), *sextans* ($^2/_{12}$), *quadrans* ($^3/_{12}$), *triens* ($^4/_{12}$), *quincunx* ($^5/_{12}$), *semis* ($^6/_{12}$), *septunx* ($^7/_{12}$), *bes* ($^8/_{12}$), *dodrans* ($^9/_{12}$), *dextans* ($^{10}/_{12}$), *deunx* ($^{11}/_{12}$), *as* ($^{12}/_{12}$). Mais il n'y a pas de toute nécessité douze onces; en effet, l'entier comprend autant d'onces que le testateur l'a voulu, et si par exemple il n'a institué qu'un seul héritier pour la moitié de l'as,

(1) Vainement l'on allègue en sens contraire un texte (*Fr. Vat.*, § 270) qui suppose la donation faite *in fraudem filiorum*. Car le mot *fraus* peut ne désigner que le préjudice (L. 1 § 14, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5), et *fraudare* signifie proprement *frustrer, faire tort* (L. 15, *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8). Ce qui établit bien le sens de ces mots, c'est que la loi Ælia Sentia ayant proscrit les affranchissements faits *in fraudem creditorum*, les jurisconsultes purent néanmoins discuter si elle exigeait la mauvaise foi ou seulement le préjudice (nº 71).

parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.

l'as entier sera compris dans cette moitié; car nul ne peut mourir partie testat, partie intestat, si ce n'est le militaire dont la volonté seule est prise en considération dans le testament. Et, à l'inverse, un testateur peut diviser son hérédité en un aussi grand nombre d'onces qu'il lui plaît.

§ 6. — Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes esse; satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fiet; et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eamdem partem concurrent. Si vero totus as completus sit, in dimidiam partem vocantur, et ille vel illi omnes in altera dimidiam. Nec interest primus, an medius, an novissimus sine parte heres scriptus sit; ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

S'il y a plusieurs institués, le testateur n'a besoin de leur assigner des parts qu'autant qu'il ne veut pas les instituer pour des parts égales; car il est constant qu'à défaut d'assignation de parts, les héritiers viennent pour parts égales. Mais en supposant que les parts aient été exprimées pour quelques-uns, si un autre a été institué sans part et qu'il en manque une pour compléter l'as, il sera héritier pour cette part; que si plusieurs ont été institués sans part, ils viendront en concours sur cette même part. Mais en supposant l'as entièrement distribué, ils sont appelés pour une moitié, et les autres pour l'autre moitié. Et il n'importe que l'institué sans part soit nommé le premier, le dernier ou au milieu. Car la part qui lui est réputée donnée est celle qui se trouve vacante.

§ 7. — Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris sit, veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt? Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent; et ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere, ut, si

Voyons ce qu'il faut décider, lorsqu'une part est vacante et que pourtant il n'y a pas d'institué sans part, par exemple si trois héritiers ont été institués chacun pour un quart. Et il est constant que la part vacante vient augmenter proportionnellement la part héréditaire de chacun, et que tout se passe comme si les héritiers avaient été institués pour un tiers; et, à l'in-

verbi gratia quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset.

§ 8. — Et si plures unciæ quam duodecim distributæ sint, is qui sine parte institutus est, quod dupondio deest habebit; idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

versé, s'il a été distribué trop de parts, chacun subit une diminution, de sorte qu'en supposant par exemple quatre héritiers inscrits chacun pour un tiers, ils sont traités comme inscrits chacun pour un quart.

Et s'il a été distribué plus de douze onces, celui qui est institué sans part aura ce qui manque pour faire deux as, et de même si les deux as ont été épuisés. Toutes ces parts sont ensuite ramenées à un seul as.

361. Le testateur est toujours libre d'instituer autant d'héritiers qu'il lui plaît (§ 4 *sup.*). Par suite il est libre aussi de répartir entre eux son hérédité dans les proportions qu'il juge convenables. Mais, d'une part, à raison de la règle *Nemo partim testatus, partim intestatus mori potest*, il est essentiel que cette répartition comprenne l'hérédité tout entière; et, d'autre part, il est naturellement impossible qu'elle comprenne rien de plus. Pour éviter toute difficulté dans l'application de ces principes, les Romains, considérant l'hérédité comme une unité, et la comparant en quelque sorte à leur unité monétaire, la livre de bronze, l'appellent *as*, et la divisent, comme cette livre elle-même, en douze parties égales qu'ils appellent *unciæ*. Parfois ce mot *uncia*, au lieu de signifier un douzième, ne signifie plus qu'un vingt-quatrième, un trente-sixième, ou toute autre fraction plus faible ayant toujours pour dénominateur un multiple de douze. Et alors l'hérédité elle-même est appelée *dupondius*, *tripondius*, etc., comme si elle comprenait, non plus un seul *as*, mais deux, mais trois *as*, etc., n'ayant entre eux tous que la valeur d'un entier (§§ 5 et 8 *sup.*). Ni ce langage ni cette détermination légale de la valeur de l'*uncia* ne s'imposent au testateur : leur unique but est de fournir un moyen connu d'avance à l'effet d'interpréter facilement sa volonté, lorsqu'elle ne sera pas exprimée. Pour en bien saisir l'utilité, trois hypothèses doivent être distinguées :

1° Soit plusieurs institués tous *sine parte*. — Ici la loi présume très-exactement que l'intention du testateur a été d'établir l'égalité entre ses héritiers : à chacun donc on attribue une fraction ayant pour dénominateur le nombre des héritiers, par exemple une moitié,

un tiers, un quart, selon qu'ils sont deux, trois, quatre (§ 6 *sup.*). Mais cette règle comporte une exception lorsque le testateur, ayant institué trois héritiers au moins, s'est exprimé ainsi : *Titius heres esto: Seius et Mævius heredes sunto.* Ici et dans toutes les espèces semblables, ceux qui puisent leur vocation dans une même phrase sont appelés *conjuncti*, et on ne les compte que pour un seul héritier. Dans notre hypothèse donc, Séius et Mævius n'ont entre eux deux qu'une moitié, ni plus ni moins que Titius appelé par une phrase distincte (L. 59 § 2, *De hered. inst.*, XXVIII, 5).

2° Soit plusieurs institués tous *cum parte.* — Nulle difficulté, si le testateur a distribué un nombre de parts qui, additionnées entre elles, font une somme exactement égale au tout ; si, par exemple, instituant trois héritiers, il a donné au premier une moitié (*semis*), au second un tiers (*triens*), au troisième un sixième (*sextans*). Pas de difficulté non plus s'il a distribué un nombre d'*unciæ* inférieur ou supérieur à douze, par exemple s'il a institué trois héritiers chacun pour trois *unciæ* ou chacun pour cinq *unciæ*. On se comportera alors comme si, au lieu du mot *uncia*, il eût employé vaguement le mot *pars;* et en conséquence, trouvant une distribution de neuf *unciæ* dans un cas, de quinze *unciæ* dans l'autre, on dira que le testateur a donné à l'*uncia* la valeur d'un neuvième dans le premier cas, et dans le second cas la valeur d'un quinzième. Mais il est possible que la somme des parts distribuées fasse un total supérieur ou inférieur au tout. Par exemple, si Primus a été institué pour une moitié, Secundus pour un tiers et Tertius pour un quart, ces trois fractions réduites au même dénominateur et additionnées ensemble font une somme de treize douzièmes. Il faut donc rectifier l'inexactitude du testateur, et c'est ce que l'on fait en prenant pour base sa volonté elle-même, c'est-à-dire que, maintenant les proportions par lui établies, on divise l'hérédité en trois parts qui soient entre elles dans le même rapport qu'une moitié, un tiers et un quart. Réciproquement, si l'on suppose Primus institué pour un tiers, Secundus pour un quart, Tertius pour un sixième, ces trois fractions ne faisant entre elles que neuf douzièmes, les trois douzièmes non distribués devront être répartis entre les institués conformément à la proportion établie par le testateur (§ 7 *sup.*).

3° Soit enfin plusieurs institués, dont un ou plusieurs *sine parte.* — Le principe est qu'il faut attribuer à l'héritier *sine parte* la part qui n'a pas été distribuée aux autres. Et c'est justement pour déterminer cette part qu'il importait de donner une valeur légale à l'*uncia*. Sup-

posons donc trois héritiers institués comme il suit : *Primus heres esto ex quatuor unciis* (ou *ex triente*); *Secundus heres esto ex tribus unciis* (ou *ex quadrante*); *Tertius here esto.* — Le testateur n'ayant réparti que sept *unciæ*, on peut, en faisant signifier au mot *uncia* un douzième, donner quelque chose à Tertius; il aura, en effet, cinq *unciæ* ou cinq douzièmes. Que si Primus a été institué *ex quatuor unciis* et Secundus *ex octo unciis* (ou *ex besse*), il est clair que le mot *uncia* ne peut plus désigner un douzième, ou bien, comme le testateur a divisé douze *unciæ*, on aboutirait à ne rien donner à Tertius. Ici donc on entendra par *uncia* un vingt-quatrième, et comme le testateur en a distribué douze, il en restera douze pour Tertius. Il va de soi que si, au lieu d'un seul héritier sans part, il y en avait plusieurs, la part vacante se déterminerait d'après le même procédé et leur serait attribuée par portions viriles (§§ 6 et 8 *sup.* — L. 78 § 2, *De hered. inst.*).

Du concours de plusieurs héritiers naît la nécessité d'un partage. A cet égard, toutefois, on distingue entre les créances et les dettes d'une part, et d'autre part les choses corporelles. Les créances et les dettes, d'après une règle consacrée par les Douze Tables et toujours maintenue depuis, se divisent de plein droit, de telle sorte qu'après l'adition chacun se trouve, proportionnellement à sa vocation héréditaire, investi d'une portion de chaque créance et soumis à une portion de chaque dette, comme s'il y avait eu dès le principe pluralité de créances ou de dettes (L. 26, C., *De pact.*, II, 3. — L. 6, C., *Fam. ercisc.*, III, 36). A l'égard des choses corporelles, une pareille division était impossible. Le droit de chaque héritier porte donc nécessairement sur chacune sans être cantonné sur des parcelles déterminées, en sorte que l'adition faite par plusieurs héritiers entraîne comme conséquence l'indivision des *res hereditariæ*. Mais cet état d'indivision, outre qu'il est toujours contraire à l'intérêt général, ne permet guère aux cohéritiers de retirer de leurs droits respectifs tout l'avantage qu'ils en peuvent attendre (n° 202). C'est pourquoi chacun d'eux est autorisé à provoquer un partage, nonobstant toute convention qui tendrait à prolonger l'indivision pour un temps illimité (L. 14 § 2, *Comm. div.*, X, 3. — L. 5, C., *Comm. div.*, III, 37). Le partage a pour but de retirer à chaque cohéritier son droit indivis sur certains objets de la succession et de lui attribuer un droit exclusif sur d'autres objets; au fond donc, il s'analyse en un échange, et cet échange peut se faire ou à l'amiable par des traditions et des mancipations réciproques, ou en justice par voie d'adjudication (n° 248) : dans ce dernier cas, il est l'œuvre du juge et

suppose l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ* dont les règles seront ultérieurement tracées.

II. — DU CAS OU IL Y A UN OU PLUSIEURS HÉRITIERS *ex certa re*.

362 *a*. On a déjà vu (n. 319) que l'institué *ex certa re*, quand il est seul, recueille le tout, ce qui revient à dire qu'il est traité comme institué *sine parte*. On écarte donc absolument la mention de la *certa res*, afin de donner satisfaction à la règle *Nemo partim testatus, partim intestatus mori potest*. Que si le testament contient plusieurs institutions, toutes celles qui sont faites *ex certa re* sont encore réputées faites *sine parte*, parce qu'il serait contradictoire de reconnaître à une personne la qualité d'héritier sans lui reconnaître aussi la qualité de successeur à titre universel. Il suit de là que la part héréditaire de chaque institué *ex certa re* se détermine d'après les règles précédemment exposées. Mais ici l'on pouvait, sans faire mourir le défunt partie testat et partie intestat, donner effet à l'indication de la *certa res*, et c'eût été méconnaître les volontés du testateur que de la mettre pleinement de côté. Quel sera donc cet effet? Pour répondre à la question, il faut distinguer deux hypothèses.

1° Les héritiers n'ont pas tous été institués *ex certa re*. — Par exemple, le testateur s'est exprimé ainsi : *Primus heres esto ex quatuor unciis* ou *ex triente, Secundus heres esto ex octo unciis* ou *ex besse, Tertius heres esto ex fundo Corneliano*. — Les deux premiers héritiers ayant reçu entre eux deux douze *unciæ*, l'*uncia* valant donc ici un vingt-quatrième, il en reste douze pour Tertius, de sorte qu'il est héritier pour moitié, et à ce titre propriétaire de la moitié du fonds Cornélien comme aussi de la moitié de chaque objet de la succession. Mais ses cohéritiers sont réputés grevés envers lui d'un fidéicommis portant sur sa part dans tous les autres objets héréditaires. Quant aux créances et aux dettes, elles lui appartiennent ou lui incombent pour moitié; mais on exige ou qu'il cède ses actions à ses cohéritiers ou qu'il leur promette le remboursement de tout ce qu'il aura touché des débiteurs, et réciproquement il est autorisé à stipuler d'eux le remboursement de tout ce qu'il aura payé aux créanciers. En dernière analyse, on arrive donc, sans blesser aucun principe, à ne donner à Tertius que le fonds Cornélien, mais à le lui donner franc de toutes charges, et c'est bien là ce qu'a voulu le testateur. Justinien conserva ce résultat en changeant les principes; il décida, en effet,

a comprenant leur part héréditaire dans le fonds Cornélien, tandis que réciproquement lui-même est grevé envers eux d'un fidéicommis

que l'institué *ex certa re* serait assimilé à un légataire, ce qui avait pour conséquence de lui enlever de plein droit le bénéfice des créances et la charge des dettes, par conséquent de supprimer toutes stipulations entre lui et son cohéritier et de les soustraire l'un et l'autre au risque de leur insolvabilité réciproque (L. 13, C., *De hered. inst.*, VI, 24).

2° Les héritiers sont tous institués *ex certa re.* — Par exemple, le testateur s'est exprimé ainsi : *Titius heres esto ex fundo Semproniano, Seius heres esto ex fundo Liviano.* Étant réputés institués *sine partibus*, Titius et Séius sont héritiers chacun pour moitié. Mais on les tient pour grevés l'un envers l'autre d'un legs *per præceptionem*, de sorte que le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit adjuger hors part à Titius la moitié indivise de Séius dans le fonds Sempronien, et à Séius la moitié indivise de Titius dans le fonds Livien. Ainsi s'exécute la volonté du testateur. Quant aux conséquences résultant de ce qu'ils sont héritiers pour parts égales, voici les plus saillantes : 1° ils se partagent par moitié tous les objets que la succession peut comprendre en dehors des deux fonds désignés; 2° chacun est grevé d'une moitié des dettes. Supposons donc qu'il n'y ait pas d'autre actif que les fonds légués *per præceptionem*, que le fonds Sempronien vaille deux cents et le fonds Livien cent, et qu'à cet actif corresponde un passif de trois cents. Dirons-nous que Séius, qui ne recueille que cent d'actif, va supporter cent cinquante de dettes, tandis que son cohéritier, soumis à la même part de dettes et recevant deux cents d'actif, aurait un bénéfice net de cinquante? Non, car les legs ne se payent en règle générale que sur l'actif net, et, cet actif manquant ici, les deux héritiers ne peuvent rien avoir ni l'un ni l'autre; 3° par application de la loi Falcidia, chaque héritier peut retenir le quart de sa part héréditaire, et, s'il le faut, réduire dans ce but le legs dont il est grevé. Supposons donc que le fonds Sempronien vaille cinq cents, le fonds Livien cent, et que ce soit là tout l'actif de la succession. La part héréditaire de Séius comprenant une moitié de chaque fonds, en tout une valeur égale à trois cents, il faut que le quart de cette somme, c'est-à-dire soixante-quinze, lui reste à titre d'héritier. Or, en supposant que le juge ne lui adjugeât que le fonds Livien, il n'aurait comme héritier que cinquante, puisqu'une moitié de ce fonds lui est attribuée à titre de légataire. Il suit de là que le legs dont il est grevé lui-même doit subir une réduction de vingt-cinq, de sorte qu'en résumé il aura le fonds Livien tout entier, plus une part du fonds Sempronien égale à vingt-cinq, Titius ayant le

surplus de ce fonds, en tout quatre cent soixante-quinze (L. 35 §§ 1 et 2, *De hered. inst.*, XXVIII, 5).

Ces principes s'appliquent-ils encore, si l'on suppose deux héritiers institués l'un *ex paternis bonis*, l'autre *ex maternis bonis?* Oui, sauf une différence tenant à ce que chacune des deux masses de biens forme un ensemble qui comprend non-seulement des choses corporelles, mais des créances et des dettes (1). Or, ces créances et ces dettes se partagent de plein droit en deux moitiés égales, et pourtant la volonté évidente du testateur est que chaque héritier ait seul les bénéfices et les charges de la masse à laquelle il est appelé. Pour arriver à ce résultat, les cohéritiers se promettent réciproquement indemnité en vue du cas où l'un d'eux payerait les créanciers ou serait payé par les débiteurs de la masse à laquelle il doit rester étranger (L. 78 pr., *De hered. inst.*).

III. — DU DROIT D'ACCROISSEMENT.

Lib. III, tit. IV, *De senatusconsulto Orphitiano*, § 4. — Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint adcrescit illorum portio; et, licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.

Si de plusieurs héritiers légitimes quelques-uns répudient l'hérédité, ou que la mort ou quelque autre cause les empêche de faire adition, leur part accroît à ceux qui ont fait adition, et si depuis l'adition ils sont morts, elle appartient à leurs héritiers.

363. Étant donnés plusieurs institués dont l'un pour une cause quelconque n'arrive pas à l'hérédité, la part qu'il ne peut ou ne veut recueillir est de plein droit dévolue ou acquise à ses cohéritiers, et c'est ce droit qu'on appelle *jus accrescendi*. Ce droit s'applique également lorsque, de plusieurs héritiers légitimes appelés au jour du décès, il y en a un qui devient incapable avant d'avoir fait adition ou qui répudie (§ 4 *sup.*). Le droit d'accroissement est fondé sur la nature indivisible de l'hérédité qui, comme je l'ai déjà dit (n° 319), ne saurait être acquise pour partie, et pour partie rester abandonnée. Il suit de cette indivisibilité que tout héritier testamentaire ou légi-

(1) C'est ce qu'on appelle une *universitas juris*, par opposition à une *universitas rerum*.

time a nécessairement vocation au tout. Seulement, cette vocation, contenue et refoulée par la vocation semblable d'un ou de plusieurs autres héritiers, ne produit qu'un effet restreint quand tous arrivent à l'hérédité; mais que l'un défaille, et immédiatement, rendue à elle-même, elle recouvre en tout ou en partie son ampleur et sa plénitude naturelle. Le *jus accrescendi* ne constitue donc pas un droit nouveau, un droit que l'héritier recueille comme successeur et en quelque sorte comme ayant cause du défaillant; c'est son propre droit qui s'exerce sans entrave et sans limitation. Aussi a-t-on pu dire avec une exactitude parfaite qu'il eût été mieux nommé *jus non decrescendi* que *jus accrescendi*. A ce point de vue se rattachent les conséquences suivantes :

1° La part laissée vacante par l'un des héritiers est acquise à tous ses cohéritiers, non pas également, mais proportionnellement aux parts pour lesquelles ils ont été eux-mêmes institués. Car c'est dans cette proportion que l'arrivée du défaillant eût restreint les effets de leur propre vocation. Toutefois, si l'on suppose deux héritiers *conjuncti*, c'est-à-dire appelés soit par une même phrase, soit par deux phrases distinctes, à une même part que le testateur n'a pas divisée entre eux, la défaillance de l'un d'eux ne profite qu'à l'autre *conjunctus* (1). Soit, par exemple, des institutions ainsi conçues : *Primus heres esto ex semisse; Secundus et Tertius heredes sunto ex altero semisse*, ou encore : *Secundus heres esto ex altero semisse, Tertius heres esto ex eodem altero semisse.* Par la répudiation ou le prédécès de Tertius, la moitié qu'il eût partagée avec Secundus est exclusivement dévolue à ce dernier, et en effet Secundus est investi, relativement à cette moitié, d'une vocation personnelle qui écarte celle de Primus; et celui-ci, de même qu'il n'avait rien à perdre par l'arrivée de Tertius, ne peut rien gagner à son défaut (L. unic. § 10., *De cad. toll.*, VI, 51. — L. 20 § 2, *De hered. inst.*, XXVIII, 5).

2° L'accroissement est forcé. — Cela signifie d'abord que, s'il s'ouvre avant que l'héritier appelé à le recueillir ait fait adition, cet héritier ne peut pas répudier la part qui lui accroît et accepter celle

(1) On a vu (n° 361) que deux héritiers institués *sine parte* par une même phrase sont réputés conjoints en ce qui concerne la détermination de leurs parts. Mais ils ne le sont plus quant au droit d'accroissement. Et, en effet, l'on ne peut pas dire qu'ils soient appelés à une même part : ils sont plutôt appelés chacun à une moitié de la portion que le testateur n'a pas distribuée à ses autres institués (L. 17 § 2, *De hered. inst.*).

pour laquelle il a été institué, et réciproquement. Il doit ou répudier ou accepter pour le tout. Mais l'accroissement est encore forcé en ce sens qu'il est réputé accepté d'avance par toute adition faite antérieurement à son ouverture (L. unic. § 10, C., *De cad. toll.*). C'est ce que l'on exprime en disant qu'il s'opère *portionis portioni*, et non pas *portionis personæ*. Voici de cette formule trois applications remarquables : 1° mon cohéritier meurt ou répudie après que j'ai fait moi-même adition. Sa part m'est acquise immédiatement, même à mon insu ou malgré moi (L. 53 § 1, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2. — L. 25, *De solut.*, XLVI, 3); 2° je meurs ou deviens incapable après avoir fait adition. Puis, mon cohéritier répudie, ou la condition qui suspendait son droit vient à défaillir. Sa part va rejoindre la mienne entre les mains de mes héritiers (L. 26 § 1, *De cond. et dem.*, XXXV, 1. — Paul, IV, 8 § 26); 3° un fils de famille ou un esclave, après avoir fait adition *jussu patris* ou *domini*, deviennent l'un *sui juris*, l'autre libre. Puis le droit d'accroissement s'ouvre par la mort ou la répudiation de leur cohéritier. C'est le père ou le maître qui en profite; car c'est à lui que leur part a été acquise (1).

3° L'accroissement s'opère *sine onere*. — Cela ne signifie pas que l'héritier qui recueille la part du défaillant puisse se soustraire à toutes les charges que celui-ci aurait dû acquitter : il est tenu, en effet, de payer les legs et les fidéicommis que le testateur a entendu imposer à tous ses héritiers, ceux qui grèvent les institutions elles-mêmes plutôt que les institués (L. 122 § 1, *De leg.* 1°, XXX); mais il n'est pas tenu de ceux qui ont été imposés personnellement (*nominatim*) au défaillant. Cette doctrine très-logique était autrefois unanimement admise. Le proculien Celsus la professait (L. 29 §§ 1 et 2, *De leg.* 2°, XXXI); et c'était aussi celle de Julien, le plus éminent représentant de l'école sabinienne (L. 61 § 1, *De leg.* 2°, XXXI). Mais Ulpien, qui relate l'opinion de Julien, nous apprend que de son temps on l'avait abandonnée sous l'influence d'un rescrit rendu par les empereurs Septime Sévère et Caracalla, aux termes duquel le sub-

(1) Il est évident, au surplus, que le droit à l'accroissement n'implique pas que l'héritier ait conservé la portion déjà recueillie par lui : c'est assez qu'il soit resté juridiquement investi de sa qualité d'héritier. Si donc il a vendu sa portion, l'accroissement s'ouvre néanmoins en sa personne. Seulement on se demande si ce droit est réputé compris dans la vente, et les textes répondent que c'est là une pure question d'intention, mais que dans le doute on la résoudra négativement (L. 2 § 1, *De act. vel her. vend.*, XVIII, 4).

stitué vulgaire était tenu de toutes les charges qu'aurait dû acquitter l'institué dont il prenait la place. Or on arriva à considérer les cohéritiers comme tacitement substitués les uns aux autres; et par suite, faussant la notion même du *jus accrescendi*, on regarda toutes les charges imposées à la personne du défaillant comme imposées aussi à celui qui recueillerait sa part par droit d'accroissement. Cette doctrine qu'Ulpien présente comme reçue dans une hypothèse où il s'agissait de deux héritiers légitimes dont l'un avait été grevé de fidéicommis par codicilles, devait, à bien plus forte raison, s'appliquer à des héritiers testamentaires; car il est plus naturel de présumer une substitution réciproque entre héritiers appelés par la volonté expresse du défunt qu'entre héritiers qu'il s'est contenté de ne pas dépouiller, et un texte de Paul prouve qu'en effet l'on n'hésita pas à se prononcer en ce sens (L. 49 § 4, *De leg.* 2°, XXXI). Au surplus, il est possible qu'entre héritiers testamentaires la doctrine d'Ulpien ne s'appliquât qu'autant que la disposition qui donnait lieu au *jus accrescendi* avait été valablement faite. Si en effet on la suppose nulle dès le principe, la charge dont elle est grevée a été nulle aussi. Ce qui est certain, c'est que Justinien consacra cette distinction (L. unic. §§ 3 et 10, C., *De cad. toll.*, VI, 51).

THÉORIE DES SUBSTITUTIONS.

SOMMAIRE : I. De la substitution vulgaire. — II. De la substitution pupillaire. — III. De la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.

I. — DES SUBSTITUTIONS VULGAIRES.

Lib. II, tit. XV, *De vulgari substitutione*, pr. — Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta : *si ille heres non erit, ille heres esto*, et deinceps, in quantum velit testator, substituere potest, et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere (Marcian., L. 36 pr., *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6).

On peut dans un testament faire plusieurs degrés d'héritiers. Par exemple, on peut faire une substitution en ces termes : *si un tel n'est pas héritier, que tel autre le soit*, et ainsi de suite à la volonté du testateur, puis au dernier degré, comme ressource suprême, instituer un esclave héritier nécessaire.

§ 1. — Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, vel in-

On peut substituer plusieurs personnes à une seule, ou une seule à plusieurs, ou un individu à un in-

vicem ipsi qui heredes instituti sunt (Marcian., L. 36 § 1, *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6).

dividu, ou bien tous les institués entre eux.

§ 2. — Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem in substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse quas in institutione expressit; et ita divus Pius rescripsit.

Si le testateur a substitué réciproquement des héritiers institués pour parts inégales et qu'il n'ait pas indiqué les parts dans la substitution, il est réputé avoir conservé dans la substitution les parts exprimées dans l'institution; ainsi l'a décidé un rescrit du divin Antonin le Pieux.

§ 3. — Sed si instituto heredi, et coheredi suo substituto dato alius substitutus fuerit, divi Severus et Antoninus sine distinctione rescripserunt ad utramque partem substitutum admitti.

Mais lorsqu'à un institué l'on substitue son cohéritier, et à celui-ci un tiers, les divins Sévère et Antonin ont décidé sans distinction que ce dernier substitué serait admis aux deux parts.

§ 4. — Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus heredem scripserit, et si heres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem, Mævius in partem admittitur. Illa enim verba, *si heres non erit*, in eo quidem quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur : *si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit;* in eo vero quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant : *si hereditatem sibi eive cujus juri postea subjectus esse cœperit, non adquisierit.* Idque Tiberius Cesar in persona Parthenii servi sui constituit.

Si un testateur a institué un esclave d'autrui qu'il croyait père de famille, et, pour le cas où celui-ci ne serait pas héritier, lui a substitué Mævius, puis, que cet esclave fasse adition par ordre de son maître, Mævius est admis pour une part. En effet, quand il s'agit d'un institué que le testateur sait être soumis à la puissance d'autrui, ces mots *s'il n'est pas héritier* s'entendent ainsi : *s'il n'est pas lui-même héritier* ou *si un autre ne le devient pas par lui;* mais à l'égard de celui qu'on croit père de famille, ils signifient : *s'il n'acquiert pas l'hérédité pour lui-même ou pour une personne sous la puissance de laquelle il sera tombé plus tard.* Et ainsi l'a décidé Tibère César relativement à son esclave Parthénius.

364. En cette matière, le mot substitution (1) désigne une institu-

(1) Selon plusieurs interprètes, ce mot aurait pour étymologie *sub* et *instituere*.

tion faite en sous-ordre, c'est-à-dire qui en suppose et en accompagne une autre. A l'époque classique, on distingue la substitution vulgaire et la substitution pupillaire. Justinien imagina une substitution quasi-pupillaire.

La substitution vulgaire, ainsi nommée parce qu'étant la seule qui soit toujours légalement possible, elle est par cela même la plus usuelle, consiste en une institution d'héritier que le testateur fait pour lui-même et qu'il subordonne à cette condition : *si un ou plusieurs héritiers ne peuvent ou ne veulent recueillir* (1). Par exemple, le testateur s'exprime ainsi : *Titius heres esto; si Titius heres non erit, tunc Mævius heres esto.* Titius est l'institué proprement dit, Mævius est le substitué (Ulp., XXII § 33). Titius, avec tous ceux qui pourraient être appelés comme lui en première ligne, forme un premier degré (*primus gradus*) ; Mævius et ceux qui auraient été désignés avec lui pour remplacer un ou plusieurs des institués forment un second degré. Ces institués peuvent eux-mêmes recevoir des substitués qui formeront un troisième degré, et ainsi de suite, la série des substitutions n'étant limitée que par la volonté du testateur (pr. *sup.*) (2).

De ces notions se déduisent toutes les règles de la substitution vulgaire :

1° Puisqu'elle n'est autre chose qu'une institution, elle est soumise à toutes les conditions exigées pour la validité d'une institution quelconque. Notamment, si le testateur a des enfants en puissance et qu'il ne les institue pas, il ne lui suffit pas de les exhéréder par rapport aux héritiers du premier degré ; il doit les exhéréder aussi par rapport à tous les substitués. Pour cela, il faut ou qu'il place la formule de l'exhérédation en tête du testament de telle façon qu'elle le domine tout entier, ou qu'il la répète après chaque degré d'institu-

ce qui peut paraître assez vraisemblable tant qu'on n'envisage les substitutions que dans la matière des hérédités. Mais on appelle aussi substitution la disposition par laquelle un légataire, un fidéicommissaire ou un donataire *mortis causa* serait appelé à défaut d'une autre personne que le testateur lui préfère (L. 6, C., *De leg.*, VI, 37. — L. unic. § 7, C., *De cad. toll.*, VI, 51), et ici l'emploi du mot ne se justifie plus par cette prétendue étymologie. Aussi le ferais-je simplement dériver de *sub* et de *statuere*, de sorte que l'idée générale qu'il exprime est celle d'une disposition subordonnée à une autre disposition qui la précède. On s'explique ainsi que les fidéicommis eux-mêmes aient été qualifiés substitutions.

(1) Cette condition doit être expresse en principe. Cependant on la présume dans une hypothèse qui sera bientôt développée (n° 367).

(2) Il est du reste évident qu'un même institué peut recevoir plusieurs substitués, et que plusieurs institués peuvent avoir le même substitué (§ 1 *sup.*).

tions; sinon, on tient pour non avenu le degré par rapport auquel le *suus heres* aurait été omis (L. 3 §§ 3 et 6; L. 14 § 1, *De lib. et post.*, XXVIII, 2).

2° La substitution étant expressément subordonnée au non-effet de l'institution, l'hérédité ne peut être déférée au substitué qu'après l'événement de cette condition, c'est-à-dire lorsqu'il est devenu certain que l'adition ne sera pas faite par l'institué (L. 69, *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2). Tel est le principe. Toutefois, on a déjà vu (n° 72) que la loi Ælia Sentia y déroge dans l'intérêt des créanciers, lorsque le testateur mort insolvable a institué en première ligne son propre esclave, celui-ci pouvant être écarté par tout substitué à qui il convient de faire adition (L. 57, *De hered. inst.*, XXVIII, 5). D'autres hypothèses se rencontrent dans lesquelles, par interprétation de la volonté du testateur, la condition qui suspendait la vocation du substitué est réputée accomplie, quoique l'institué lui-même arrive. La substitution se transformant alors en une véritable institution, le substitué concourt avec l'institué. Ce résultat, on l'a déjà vu (n° 348), se produisait, avant Marc-Aurèle, lorsque l'héritier institué *sub imperfecta cretione* se contentait de gérer *pro herede* au lieu de prononcer la formule de la *cretio*. Nous le retrouvons encore dans les deux hypothèses suivantes : 1° le testament s'exprime ainsi : *Parthenius heres esto; si heres non erit, tunc Mævius heres esto.* Par hypothèse, Parthénius était esclave au jour de l'institution et il l'est encore au jour du décès. Mais le testateur l'avait cru libre et père de famille. Dans sa pensée donc, cette condition *si heres non erit* signifiait : s'il n'acquiert pas l'hérédité pour lui-même ou pour une personne sous la puissance de laquelle il serait tombé plus tard soit à titre d'esclave, soit à titre d'enfant. Or, ainsi entendue la condition est accomplie, puisque Parthénius ne peut acquérir que pour celui qui était déjà son maître au jour de la confection du testament. Mævius arrive donc; mais comme d'autre part, l'erreur du testateur sur la qualité de l'institué ne vicie pas l'institution, Parthénius ne saurait être exclu, d'où la conséquence que l'hérédité se partage entre le substitué et le maître de l'institué. Telle fut la décision rendue par Tibère dans une espèce où l'institué était son propre esclave, et telle est l'explication un peu cherchée qu'en donne le jurisconsulte Julien (§ 4 *sup.* — LL. 40 et 41, *De her. inst.*) (1); 2° le

(1) Cette explication a bien l'air imaginée après coup, et je ne puis croire que Tibère ait eu la prétention d'appliquer ici un principe de droit. Tacite (*Ann.*, III,

testament porte : *Stichus heres esto; si heres non erit, tunc Mævius heres esto.* Si l'on suppose que Stichus est un esclave appartenant par indivis à deux maîtres et que l'ordre de faire adition lui est donné par l'un d'eux et refusé par l'autre, le premier maître n'acquiert qu'une moitié de l'hérédité; l'autre moitié est déférée au substitué Mævius (L. 48 pr., *De vulg. et pup. subst.*). En effet, puisque le testateur connaissait la situation de Stichus, sa pensée, en formulant la condition *si heres non erit*, pouvait être celle-ci : si Stichus n'acquiert pas l'hérédité ou pour ses deux maîtres actuels, ou pour un autre maître s'il vient à être aliéné, ou enfin pour lui-même, dans le cas où il serait affranchi (1).

3° Puisque le substitué n'est qu'un institué sous condition, l'hérédité ne lui est déférée qu'autant que l'événement de la condition le trouve encore vivant et capable (L. 9, *De suis et leg. her.*, XXXVIII, 16). En principe aussi l'acquisition de la substitution est purement volontaire et suppose une adition. Toutefois, quand la même personne est à la fois instituée pour une part et substituée pour une autre, l'adition qu'elle fait en l'une de ces qualités suffit pour que le droit qui lui serait plus tard déféré en l'autre qualité lui soit acquis de plein droit, même à son insu et malgré elle, par sela seul qu'elle est capable de l'acquérir (L. 81, *De acq. vel omitt. hered.* — L. 6, C., *De imp. et al. subst.*, VI, 26) (2). Par exemple, le testateur a institué Primus, Secundus

18) nous apprend que ce prince savait résister à l'appât de l'argent. Dans l'espèce il en donna la preuve. Car il pouvait régulièrement réclamer l'hérédité tout entière. Que s'il entendait ne s'attacher qu'à la volonté du testateur, cela l'eût conduit à exclure complétement ou l'institué ou le substitué, mais non point à les faire concourir. Et en effet, dans le testament militaire, où l'on met de côté toutes les règles de droit pour ne s'attacher qu'à l'intention du disposant, on n'érige pas en présomption légale cette interprétation de la condition *si heres non erit*. Le testateur a-t-il voulu absolument subordonner l'arrivée de Mævius au défaut de Parthénius? ou, au contraire, a-t-il voulu que Mævius recueillît si Parthénius ne pouvait acquérir l'hérédité ni pour lui-même ni pour une personne sous la puissance de laquelle il ne serait tombé que depuis la confection du testament? voilà ce que l'on examine. Au premier cas, Mævius est pleinement exclu. Au second cas, il arrive pour le tout (L. 3, C., *De her. inst.*, VI, 24).

(1) On peut bien objecter contre cette interprétation de la volonté du testateur qu'il a dû prévoir le cas où l'un des deux maîtres refuserait l'ordre de faire adition. Quoi qu'il en soit, il suit de cette même interprétation que l'esclave, devenant libre après avoir fait adition par l'ordre d'un seul de ses maîtres, écarte désormais la substitution et peut acquérir pour lui-même la part encore vacante (LL. 64 et 65, *De acq. vel omitt. hered.*).

(2) Ce principe ne s'applique pas lorsque le substitué, étant une personne *alieni juris*, ne peut acquérir la substitution pour lui-même. En ce cas, une nouvelle adi-

et Tertius, chacun pour un tiers, et il a substitué Primus à Secundus. Primus fait adition comme institué, pendant que Secundus délibère encore; puis Secundus meurt sans s'être prononcé ou répudie. Sa part est immédiatement acquise à Primus resté vivant et capable (1); et ce résultat n'a rien que de très-rationnel, si l'on songe que l'hérédité déjà acquise pour partie ne peut pas rester jacente pour une autre partie, qu'en conséquence, Primus répudiant la substitution, on retomberait fatalement dans l'application des règles du droit d'accroissement, et que ces règles, comme on va le voir bientôt, ne donneraient pas satisfaction à la volonté du testateur (L. 35 pr., *De acq. vel omitt. hered.*).

4° Le substitué venant à la place de l'institué, sa part est exactement celle que l'institué lui-même aurait recueillie (§ 2 *sup.*), et d'après un rescrit déjà cité des empereurs Septime Sévère et Caracalla, on présume, sauf preuve contraire, que le testateur a entendu lui imposer les mêmes legs et fidéicommis (LL. 74 et 126 § 1°, *De leg.* 1, XXX. — L. 61 § 1, *De leg.* 2°, XXXI. — L. 4, C., *Ad s. c. t. Treb.*, VI, 49) (2). Ce sont là des points certains. Mais une difficulté se présente lorsque le substitué remplace un institué qui lui-même avait été substitué à un autre institué également défaillant. Voici l'hypothèse qu'il faut supposer : le testateur a institué trois héritiers, Primus, Secundus et Tertius; à Primus il a substitué son cohéritier Secundus, et à Secundus lui-même il a substitué Quartus, qui ne figure pas parmi les institués. Primus et Secundus prédécèdent ou répudient. Quartus n'aura-t-il comme substitué que la part de Secundus, celle de Primus se partageant alors par droit d'accroissement entre lui et Tertius? ou, au contraire, recueillera-t-il seul l'une et l'autre part? C'est cette dernière solution qui fut admise, et on l'exprime ainsi : *Substitutus substituto videtur et instituto substitutus* (§ 3 *sup.*). Cependant le formalisme de quelques jurisconsultes avait proposé de n'admettre Quartus à recueillir la part entière de Primus que sous une double réserve : il aurait fallu d'abord, pour témoigner de l'intention du disposant, que dans l'ordre matériel du

tion, par conséquent un ordre du père ou du maître, lui est nécessaire (L. 80 § 3, *De acq. vel omitt. hered.*).

(1) La même décision doit être donnée lorsque la première adition a été faite en vertu de la substitution. Par exemple, Primus a été institué conditionnellement pour une part et substitué à l'un de ses cohéritiers : sur la répudiation de celui-ci, il fait adition à titre de substitué; puis, la condition qui suspendait son institution se réalise. Il est immédiatement saisi du tout (L. 76 pr., *De acq. vel omitt. hered.*).

(2) Avant le rescrit ce n'était là sans doute qu'une question de fait.

testament la substitution qui appelle Quartus ne vînt qu'après celle qui avait été écrite au profit de Secundus ; il aurait fallu aussi que Primus fût mort avant Secundus, sans quoi sa part, n'ayant jamais été comprise dans la vocation de son substitué, n'aurait pu être réputée dévolue au substitué du substitué. Ces distinctions subtiles nous sont révélées par un texte de Papinien (L. 41 pr., *De vulg. et pup. subst.*). Déjà repoussées par Julien (L. 27, *eod. tit.*), elles furent définitivement proscrites par un rescrit des empereurs Septime Sévère et Caracalla (§ 3 *sup.*).

365. Reste à rechercher quel peut être le but de la substitution vulgaire. Or, pour cela, il faut distinguer si le substitué n'est appelé qu'à ce titre ou s'il figure déjà dans le testament à titre d'institué. Dans le premier cas, ce qui préoccupe évidemment le testateur, c'est de retrancher le plus possible à ses chances de mourir *intestat*. Pour les réduire à leur *minimum*, la prudence lui conseille de substituer, au moins en dernier lieu, un de ses esclaves, et alors il n'y a plus que le prédécès de ce dernier substitué qui puisse lui ôter la certitude d'avoir un héritier testamentaire (pr. *sup.*). Que si le substitué est pris parmi les institués, la substitution écarte, comme on le verra bientôt (n° 376), la préférence que les lois caducaires attribuent aux cohéritiers *patres* sur la part du défaillant. Mais, même abstraction faite de ces lois, en nous plaçant, soit dans le droit de Justinien, où elles sont abrogées, soit dans les hypothèses spéciales où le droit classique lui-même ne les appliquait pas, la substitution d'un institué à un autre institué a pour but et pour résultat d'éluder deux règles essentielles du droit d'accroissement. Des exemples vont me faire comprendre : 1° le testateur, instituant trois héritiers, a substitué l'un d'eux aux deux autres. La part du défaillant, au lieu de se partager entre ses deux cohéritiers, n'appartiendra qu'au substitué. De même, si l'on suppose que tous les cohéritiers ont été substitués les uns aux autres (§ 1 *sup.*), mais que le testateur leur a assigné dans la substitution des parts différentes de celles auxquelles ils sont appelés comme institués, la part du défaillant, au lieu de se partager proportionnellement aux institutions, sera répartie conformément à la volonté exprimée par le testateur. Dans ces deux cas, la substitution aboutit à écarter la règle d'après laquelle le bénéfice de l'accroissement se divise entre tous les institués au prorata de leurs parts dans l'institution ; 2° supposons avec les Institutes (§ 1 *sup.*) que tous les cohéritiers sont réciproquement substitués et que le testateur leur a assigné dans la substitution les mêmes parts que dans l'institution,

ou, ce qui revient au même, ne s'est pas expliqué sur ce point; ici, attendu que le substitué est investi d'une vocation personnelle, la part du défaillant, au lieu d'être acquise *portioni*, sera acquise *personæ*. Soit, par conséquent, trois institués réciproquement substitués, Primus, Secundus et Tertius : si Primus répudie ou meurt non encore investi, sa part n'est acquise à ses deux cohéritiers qu'autant que l'un et l'autre sont encore vivants et capables. Si donc Secundus est déjà mort, bien qu'ayant fait adition, Tertius seul recueille la substitution : ainsi le veut la règle *Hereditas non adita non transmittitur* (LL. 23 et 45 § 1, *De vulg. et pup. subst.* — L. 9, *De suis et leg.*, XXXVIII, 16). Pareillement, si l'un des héritiers substitués, esclave au jour où il a fait adition comme institué, est devenu libre avant l'ouverture de la substitution, c'est à lui-même, et non pas à son ancien maître, que profite sa vocation nouvelle. Mais elle lui profite sans qu'il ait besoin de faire une seconde adition (L. 80 § 2, *De acq. vel omitt. hered.*) (1).

II. — DE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE.

Lib. II, tit. XVI, *De pupillari substitutione*, Pr. — Liberis suis impuberibus quos in potestate quis habet, non solum ita, ut, supra diximus, substituere potest, id est, ut si heredes ei non extiterint, alius ei sit heres, sed eo amplius, ut, etsi heredes ei extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres, veluti si quis dicat hoc modo : *Titius filius meus heres mihi esto : si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.* Quo casu, si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres; si vero extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus.

Le testateur qui a des enfants impubères sous sa puissance peut leur donner un substitué non-seulement dans la forme que nous avons indiquée, c'est-à-dire de telle sorte que, s'ils ne sont pas ses héritiers, un autre le soit, mais encore de telle sorte que, même après qu'ils auront hérité de lui, s'ils viennent à mourir encore impubères, un autre soit leur héritier. Par exemple, on s'exprime ainsi : *Que Titius mon fils soit mon héritier; si mon fils n'est pas mon héritier, ou même s'il l'est et qu'il vienne à mourir encore en tutelle, alors que Séius soit héritier.* Dans ce cas, si le fils n'hérite pas, le père a pour héritier le substitué. Si au contraire le fils

(1) Anciennement, la substitution différait encore de l'accroissement en ce qui concerne la soumission aux charges dont le défaillant était grevé. Mais on a vu qu'à cet égard l'accroissement finit par être traité comme une substitution (n° 363).

Nam moribus institutum est ut, quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant (Gaius, II, §§ 179 et 180).

hérite, puis meurt avant la puberté, lui-même a pour héritier le substitué. Car la coutume a fait admettre que, lorsque les fils de famille sont d'âge à ne pouvoir pas encore tester eux-mêmes, leur père peut tester pour eux.

§ 2. — Igitur in pupillari substitutione, secundum præfatum modum ordinata, duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est, duarum hereditatum (Gaius, II, § 180).

Donc, en supposant une substitution pupillaire faite selon le mode qui vient d'être indiqué, il y a en quelque sorte deux testaments, celui du père et celui du fils, comme si le fils s'était lui-même institué un héritier; ou du moins il y a un seul testament ayant trait à deux objets, c'est-à-dire à deux hérédités.

§ 3. — Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeret ne filius ejus, pupillus adhuc, ex eo quod palam substitutum accepit, post obitum ejus periculo insidiarum subjiceretur, vulgarem quidem substitutionem palam facere et in primis testamenti partibus debet; illam autem substitutionem per quam, etsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino propriaque cera consignare, et in priore parte testamenti cavere ne inferiores tabulæ vivo filio et adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituerit, quamvis pupillo hoc periculosum sit (Gaius, II, § 181).

Mais si le testateur craint qu'après sa mort son fils encore pupille, par cela même que le substitué est connu, ne se trouve exposé à des embûches, il doit faire la substitution vulgaire ouvertement et dans la première partie du testament; quant à la substitution par laquelle il appelle un héritier pour le cas où le pupille serait devenu héritier, puis mort avant la puberté, il doit l'écrire isolée dans la partie inférieure du testament, puis clore cette partie à l'aide d'un fil spécial et d'une cire particulière, et en tête du testament défendre que la partie inférieure ne soit ouverte du vivant de son fils encore impubère. Il est évident du reste que la substitution pupillaire n'est pas moins valable pour avoir été écrite sur les mêmes tablettes que l'institution, quoique cela soit périlleux pour le pupille.

§ 4. — Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita

Ce n'est pas seulement lorsque le père institue ses enfants impubères

substituere parentes possunt, ut, etsi heredes eis extiterint et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is quem ipsi voluerint, sed etiam exheredatis : itaque eo casu, si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum, eadem etiam de postumis intelligimus (Gaius, II, §§ 182 et 183.)

qu'il peut leur donner un substitué pour le cas où ils seraient héritiers et mourraient avant d'être pubères, c'est encore lorsqu'il les exhérède. Dans ce cas, les acquisitions que le pupille aura pu faire comme héritier, donataire ou légataire de ses proches ou amis, appartiendront toutes au substitué. Tout ce que nous avons dit de la substitution aux descendants institués ou exhérédés, nous l'appliquons également aux posthumes.

§ 5. — Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi faciat; nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

Nul ne peut tester pour ses descendants, s'il ne teste pour soi-même; car le testament du pupille est une partie et un accessoire du testament paternel, à tel point que la nullité de celui-ci entraîne la nullité de l'autre.

§ 6. — Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest; singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere voluit; novissimo, si jus hereditatum legitimarum integrum inter eos custodiri velit (Florent., L. 37, *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6).

Le substitué peut être donné ou à chaque enfant ou à celui qui mourra le dernier encore impubère : à chacun, si le testateur veut qu'aucun d'eux ne meure intestat; au dernier mourant, s'il aime mieux laisser s'appliquer entre eux les règles des successions légitimes.

§ 7. — Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti *Titius*, aut generaliter, ut *quisquis mihi heres erit :* quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, qui et ei scripti sunt heredes et extiterunt, et pro qua parte heredes facti sunt.

Le substitué pupillaire est donné ou nominativement, ce sera par exemple *Titius*, ou généralement, dans cette forme : *quiconque sera mon héritier*. Par la substitution faite en cette seconde forme sont appelés, à la mort de l'impubère, tous les héritiers institués qui ont recueilli, et chacun pour la part pour laquelle il a été institué.

§ 8. — Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, feminæ usque ad duodecim annos;

Le substitué peut être donné à un enfant mâle jusqu'à quatorze ans, à une fille jusqu'à douze ans;

et, si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.

§ 9. — Extraneo vero vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres; sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere : quod jus quale sit, suo loco trademus (Gaius, II, § 184).

et, lorsqu'ils sont arrivés à cet âge, la substitution s'évanouit.

Mais celui qui institue soit un étranger, soit son propre fils pubère, ne peut pas lui donner un substitué destiné à devenir son héritier si lui-même meurt avant un certain temps et après être devenu héritier : tout ce que le testateur peut faire, c'est d'obliger l'institué, par voie de fidéicommis, à restituer à un tiers tout ou partie de l'hérédité : la nature de ce droit sera expliquée en son lieu.

366. La substitution pupillaire est une institution d'héritier que le père de famille fait pour son fils impubère, en prévision du cas où celui-ci, lui ayant survécu, viendrait ensuite à mourir encore impubère, par conséquent incapable de tester. Le père de famille dispose donc ici d'une hérédité qui n'est pas la sienne, il teste vraiment pour son fils (1); et de même que dans la nomination d'un tuteur testamentaire (n° 126), il fait acte de puissance pour l'époque où sa puissance aura cessé d'être.

Introduite par la coutume (pr. *sup.*), la substitution pupillaire remonte sans aucun doute à une très-haute antiquité; et, telle qu'elle nous apparaît dans les textes de l'époque classique, elle n'est plus qu'une ombre et une dégradation d'elle-même. Essayer une reconstruction complète de la théorie primitive serait un travail curieux et difficile; sans abuser des hypothèses comme aussi sans entrer dans des démonstrations qui seraient longues, les traits essentiels de cette théorie me paraissent avoir été les suivants : 1° il fallait absolument que le père instituât son fils pour lui donner un substitué pupillaire (2); 2° le testament du père et celui du fils n'en formaient, à

(1) De là l'antithèse qu'on établit entre ces deux expressions *primæ tabulæ*, *secundæ tabulæ*, l'une désignant l'institution d'héritier que le père fait pour lui-même et tout le cortége des dispositions accessoires qui l'accompagnent, l'autre l'institution d'héritier faite pour le fils avec les charges dont elle peut être grevée.

(2) A l'appui de cette proposition, je relève non-seulement les textes qui se proposent de donner un type de substitution pupillaire (pr. *sup.* — Gaius, II, § 179. — L. 1 § 1, *De vulg. et pup. subst.*), mais le soin même avec lequel on insiste sur la faculté accordée au père de substituer pupillairement à son fils exhérédé (§ 4 *sup.*

tous les points de vue, qu'un seul (Cic., *De inv.*, II, 21); 3° l'hérédité du père et l'hérédité du fils n'en faisaient absolument qu'une seule. De ces trois propositions, la première a complétement cessé d'être vraie dans le droit classique (Gaius, II, § 182. — § 4 *sup.*). La seconde, sans être de tous points suivie, est demeurée vraie en principe; elle est surtout conservée par l'école sabinienne, plus fidèle aux anciennes traditions que l'école rivale (Gaius, II, § 180. — L. 28, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5). La troisième, enfin, tend à disparaître : les jurisconsultes posent en principe la distinction des deux hérédités (Gaius, II, § 180. — L. 2 § 2, *De hered. vel act. vend.*, XVIII, 4); mais l'ancienne doctrine s'accuse encore, soit par quelques décisions unanimement reçues, soit par d'éclatantes divergences sur des points importants.

Ainsi conçue, la substitution pupillaire est certainement une des créations les plus originales du droit romain; et c'est dans l'influence des idées religieuses qu'il en faut chercher la principale explication. En effet, si l'enfant devenu père de famille mourait avant l'âge de puberté, le culte que lui avait transmis son père allait ou s'éteindre faute d'héritiers légitimes, ou passer à des agnats peut-être négligents, même impies, ou qui chercheraient à s'en débarrasser par une *in jure cessio* de l'hérédité (n° 473). En faisant une substitution pupillaire, le père assurait donc la continuation de ses *sacra*, et les confiait à une personne soigneuse et digne. Il y trouvait également l'avantage de transmettre sa fortune conformément à ses affections personnelles au lieu de la laisser passer à un indifférent (1).

Ces notions générales jetteront quelque lumière sur la théorie peu homogène et très-complexe du droit classique.

367. Le père de famille peut donner un ou plusieurs substitués pupillaires, soit aux impubères actuellement soumis, comme enfants

— Gaius, II, § 182). Il semble donc bien que cette faculté n'allât pas de soi, et elle nous apparaît comme une extension de la doctrine ancienne.

(1) Selon quelques interprètes, la substitution pupillaire aurait eu pour but principal de soustraire le pupille aux embûches des agnats appelés à son hérédité légitime et par conséquent intéressés à sa mort prématurée. Que ce motif ait pu contribuer à maintenir l'usage de la substitution pupillaire à une époque où elle avait perdu son sens primitif, je ne le nie pas. Mais qu'il en explique l'introduction, c'est ce que l'on ne peut admettre sans tomber dans cette supposition puérile que l'empoisonnement et l'assassinat des impubères auraient été à la mode chez les premiers Romains. Comment, d'ailleurs, accorder cette explication avec la tutelle légitime des agnats? Comment comprendre d'un côté tant de confiance et de l'autre tant de méfiance?

naturels ou adoptifs, à sa puissance médiate ou immédiate, soit à ses posthumes siens; mais il n'en peut donner à aucun autre impubère, pas même à son propre enfant qu'il aurait émancipé (pr. *sup.* — L. 2 pr., *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6) (1). L'exercice de ce droit suppose absolument qu'il teste pour lui-même et qu'il teste valablement, et cela, nous dit Ulpien, parce qu'aucune disposition testamentaire ne se soutient sans l'institution d'héritier, ce qui revient à dire sous une autre forme que le testament du fils n'est qu'une partie de celui du père (§ 5 *sup.* — L. 1 § 3, *De vulg. et pup. subst.*).

A l'époque des jurisconsultes, le droit de nommer un substitué pupillaire n'implique plus transmission de l'hérédité paternelle à l'impubère; ce n'est plus qu'un attribut de la puissance, et la substitution est possible, soit que l'enfant ait été institué ou exhérédé (§ 4 *sup.*). Mais, en le supposant institué, il peut y avoir lieu à l'application de deux présomptions légales qui seraient inintelligibles au cas où il est exhérédé. Soit, en effet, une disposition ainsi conçue : *filius heres esto; si filius post mortem meam impubes morietur, tunc Seius illi heres esto.* A prendre strictement cette formule, Séius n'est substitué que pupillairement : néanmoins on admet que si le fils institué meurt avant son père, Séius arrivera comme substitué vulgaire à l'hérédité de ce dernier; et rien de plus raisonnable, puisque le testateur a clairement marqué qu'il préférait Séius à tous autres que son fils (2). A l'inverse, la disposition peut être celle-ci : *filius heres esto; si filius heres non erit, tunc Seius heres esto.* Une interprétation littérale conduirait à décider que, si le fils institué ne meurt qu'après son père, son hérédité n'appartiendra pas à Séius, simple substitué vulgaire. Cependant, la doctrine contraire fut admise, et elle n'a rien d'étonnant, si l'on considère que l'hérédité du fils comprend avant tout, et quelquefois exclusivement, des biens recueillis dans celle du père à laquelle Séius aurait été appelé si l'impubère fût mort

(1) Comme on le voit, les descendants auxquels le testateur peut donner un substitué pupillaire sont précisément ceux auxquels il peut nommer un tuteur testamentaire (n° 126). Il y a toutefois cette différence qu'en notre matière tout est de droit étroit, tandis qu'il y a des cas où le tuteur testamentaire donné en dehors des règles du droit civil peut ou même doit être confirmé par le magistrat (n° 129).

(2) Cette doctrine est certainement très-ancienne. Cicéron (*De orat.*, I, 35) rapporte que deux orateurs célèbres, Scévola et Crassus, plaidèrent l'un contre l'autre dans l'espèce suivante : le testateur avait institué un posthume sien et lui avait donné un substitué pupillaire. Le posthume n'étant pas né, il s'agissait de savoir si le substitué pupillaire pouvait succéder au père, c'est-à-dire si la substitution vulgaire devait être réputée sous-entendue dans la substitution pupillaire.

un peu plus tôt (1). Ces deux présomptions, suggérées par l'usage assez fréquent de substituer la même personne à la fois vulgairement et pupillairement, furent consacrées par Marc-Aurèle et Lucius Vérus, et on peut les formuler ensemble dans cette règle unique : Quand le père a institué son fils impubère, l'une des deux substitutions est réputée comprendre l'autre, à moins que le contraire ne soit exprimé dans le testament (L. 4 pr., *De vulg. et pup. subst.*).

Le père de famille qui laisse plusieurs enfants impubères est libre de donner un substitué pupillaire à chacun d'eux ou à quelques-uns seulement. Le plus souvent, n'ayant pas d'intérêt à empêcher entre eux l'application des lois sur les successions *ab* intestat, il formule ainsi sa disposition : *Quisquis filiorum novissimus impubes morietur, Seius ei heres esto* (§ 6 *sup.*). Dans ce cas, la vocation du substitué ne s'ouvre qu'autant que tous les enfants sont morts et que le dernier mort n'avait pas encore atteint la puberté (L. 41 § 7, *De vulg. et pup. subst.*) (2).

Le substitué pupillaire peut être un tiers ou un institué. Si c'est un tiers, la substitution est réputée pure et simple en ce sens qu'elle s'ouvre immédiatement par la mort de l'impubère. Si c'est un institué, sa vocation comme substitué pupillaire peut être ou pure et simple ou subordonnée à l'acquisition préalable de l'hérédité du père. Par exemple, la substitution est souvent conçue en ces termes : *quisquis mihi heres erit, idem filio impuberi mortuo heres esto.* En ce cas, la substitution est réputée conditionnelle, et l'hérédité de l'enfant n'est déférée aux substitués qu'autant qu'ils ont fait adition de celle du père (§ 7 *sup.* — L. 8 pr, et § 1, *De vulg. et pup. subst.*).

Le plus ordinairement, la substitution pupillaire est écrite dans le testament même du père (pr. *sup.*), et alors, à peine de nullité, elle ne doit venir qu'après l'institution d'héritier qu'il fait pour lui-même et dont elle n'est qu'une dépendance (L. 2 § 4, *De vulg. et pup. subst.*). Mais il n'y a pas besoin que le père observe deux fois les formes prescrites pour la confection d'un testament; on n'exige pas

(1) Par exception, lorsque le testateur a institué ses deux enfants dont l'un est pubère et l'autre impubère, et qu'il les a substitués vulgairement l'un à l'autre, la substitution pupillaire ne se présume pas; et cela tient à ce que la réciprocité manquerait nécessairement, puisque l'enfant pubère ne peut pas avoir de substitué pupillaire (L. 4 § 2, *De vulg. et pup. subst.*).

(2) On répute la substitution ouverte, quoique tous les enfants soient morts ensemble, par cela seul qu'il est impossible de marquer l'ordre des décès (L. 34 pr., *De vulg. et pup. subst.*).

même que la portion de l'acte qui contient la substitution soit, comme celle qui contient les dispositions principales, revêtue du sceau des sept témoins (L. 20 ~~§ 4,~~ *De vulg. et pup. subst.*) (1). La substitution pupillaire peut aussi être faite par acte postérieur et séparé; et, en ce cas, il faut qu'envisagée en elle-même, elle satisfasse à toutes les conditions exigées pour la validité des testaments en général (L. 16 § 1, *De vulg. et pup. subst.*). En cela on s'écarte de l'idée de l'unité des deux testaments, et dans cette voie l'on va jusqu'à décider que le substitué pupillaire peut être désigné dans la forme nuncupative, bien que le testament du père ait été fait par écrit, ou réciproquement (L. 20 ~~pr.~~, *De vulg. et pup. subst.*) (2).

368. De même que dès le principe la substitution pupillaire emprunte son existence et sa validité aux dispositions que le père fait pour son propre compte, de même aussi sa destinée ultérieure demeure étroitement liée à celle du testament paternel. Donc, que celui-ci soit rompu, devienne *irritum* ou soit rescindé par la *querela inofficiosi*, mieux que cela, que, tout en restant valable, il ne donne pas d'héritier, et ce sera assez pour rendre la substitution pupillaire inefficace. L'impubère ne peut donc pas mourir testat quand son père est mort intestat; et il faut poser en règle générale que la substitution pupillaire s'évanouit du jour où il devient certain que le père n'aura pas d'héritier testamentaire (L. 2 pr.; L. 10 § 4; L. 16 § 1, *De vulg. et pup. subst.*). Mais cette règle s'interprète avec une certaine largeur, en ce sens que le moindre effet conservé à l'institution, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien, suffit à maintenir la substitution. C'est ce qui a lieu dans les hypothèses suivantes : 1° le testament attaqué par la *querela inofficiosi* n'a été rescindé que pour partie (L. 8 § 5, *De inoff. test.*, V, 2. — L. 31 pr., *De vulg. et pup. subst.*); 2° l'institué est un *suus* qui s'est abstenu, mais qui, comme on le sait, n'a pu par là se dépouiller du titre d'héritier (L. 42 pr., *De acq. vel omitt. hered.*); 3° grevé d'un fidéicommis d'hérédité, il n'a fait adi-

(1) Toutefois l'usage était de cacheter la substitution pupillaire. Et si le testateur désirait qu'elle restât secrète jusqu'à la mort de l'impubère, il pouvait dans ce but prendre des précautions dont le détail est donné aux Institutes (§ 3 *sup.*).

(2) Toujours en considérant les deux testaments comme distincts, on arrive à décider que le père de famille donne valablement un substitué pupillaire à l'enfant qu'il aurait adopté depuis la confection de son testament à titre de *nepos ex filio adhuc vivo*. Or certainement, au jour où il testait, une pareille disposition aurait été impossible, puisque cet enfant n'était pas encore en sa puissance (L. 2 pr., *De vulg. et pup. subst.*).

tion que sur l'ordre du préteur. Cette adition, bien qu'en principe elle ne doive ni lui profiter ni lui nuire, suffit à lui imprimer la qualité d'héritier (L. 38 § 3, *De vulg. et pup. subst.*); 4° le testament n'a été écarté que par la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 34 § 2, *De vulg. et pup. subst.*). Ici le droit prétorien maintient quelques-uns des legs, et c'est bien là un effet conservé à l'institution (L. 1 pr., *De leg. præst.*, XXXVII, 5); 5° l'institué, mineur de vingt-cinq ans, se fait restituer *in integrum* contre sa répudiation. Le testament reprend *jure prætorio* l'effet que, selon le droit civil, il avait définitivement perdu (L. 2 § 3, *De vulg. et pup. subst.*); 6° l'institué répudie l'hérédité testamentaire parce qu'il peut faire adition comme héritier légitime (2). Le préteur, ne voyant dans cette répudiation qu'une fraude à l'effet d'échapper à la charge des legs, les maintient; c'est donc qu'il considère l'institution comme maintenue elle-même (L. 2 § 1, *De vulg. et pup. subst.* — Page 881, note 1) (2).

Bien que le testament du père ait conservé sa validité et produise ses pleins effets, la substitution pupillaire peut encore s'évanouir par l'une des causes qui suivent : 1° l'impubère meurt *in potestate patris* (3); 2° il sort de la famille *vivo patre* (L. 41 § 2, *De vulg. et pup. subst.*); 3° c'est un petit-fils qui, au lieu de devenir *sui juris* par le décès du testateur, tombe sous la puissance de son père (L. 2 pr., *De vulg. et pup. subst.*); 4° l'impubère arrive soit à l'âge de puberté

(2) (1) Ceci se comprend dans le cas où le testateur a institué son plus proche agnat, par exemple son frère. Mais il faut nécessairement supposer l'impubère exhérédé, puis mourant *adhuc deliberante instituto*. Et, en effet, s'il a été institué concurremment avec le frère du défunt, la répudiation de celui-ci donne ouverture au *jus accrescendi;* et en conséquence l'impubère, fût-il déjà décédé, est réputé avoir recueilli le tout dès le jour de la mort de son père. Que si au contraire il a été exhérédé, mais qu'il survive à la répudiation de l'institué, l'hérédité lui est dès lors et de plein droit acquise en sa qualité de *suus* (Inst., § 7, *De hered. quæ ab int.*, III, 1).

(2) (2) Quelques jurisconsultes, entre autres Scévola, n'admettaient pas le maintien de la substitution pupillaire dans le cas où l'héritier institué par le père avait été forcé de faire adition pour donner effet à un fidéicommis d'hérédité. Mais cette opinion fut rejetée, et elle devait l'être, puisqu'en cette hypothèse on maintenait les legs et les affranchissements (L. 38 § 3, *De vulg. et pup. subst.*).

(3) La substitution s'évanouit également lorsque l'impubère, fait prisonnier du vivant de son père, meurt chez les ennemis et que pendant sa captivité le père lui-même est mort *in civitate*. En décidant ainsi, on ne fait qu'appliquer la fiction d'après laquelle le prisonnier mort chez l'ennemi est réputé avoir perdu la vie en perdant la liberté (L. 28, *De vulg. et pup. subst.*). La même idée conduit à décider que si le fils meurt *in civitate*, le père étant déjà mort *apud hostes*, la substitution s'ouvre (L. 10 pr., *De capt.*, XLIX, 15).

(§ 8 *sup.*), soit à la limite d'âge expressément fixée pour l'évanouissement de la substitution; mais cette limite, qui peut rester en deçà de la puberté, ne saurait la dépasser (L. 14; L. 38 §§ 1 et 2, *De vulg. et pup. subst.*) (1); 5° le substitué pupillaire, connaissant sa vocation, a laissé écouler une année depuis la mort du testateur sans provoquer la nomination d'un tuteur à l'impubère. Cette dernière cause d'extinction appartient à la législation du Bas-Empire (L. 10, C., *De leg. hered.*, VI, 58) (2).

369. La substitution pupillaire une fois ouverte, quels en sont les effets? La vocation du substitué s'étend à tous les biens laissés par l'impubère, non-seulement donc à ceux qu'il a recueillis comme héritier ou comme légataire de son père, mais encore à ceux que pour une cause quelconque il aurait acquis depuis qu'il est devenu *sui juris* (§ 4 *sup.* — L. 10 § 5, *De vulg. et pup. subst.*) (3). Ce principe toutefois ne prévalut pas sans discussion. Anciennement l'on avait proposé de réduire le substitué aux biens que le pupille tenait de son père; mais une telle idée ne pouvait être admise, parce qu'elle aurait eu pour résultat de violer la règle *nemo partim testatus, partim intestatus mori potest* (Cic., *De inv.*, II, 21).

A. Voici pourtant deux cas spéciaux où le substitué pupillaire ne recueille pas la totalité : 1° il faut supposer qu'à l'époque du décès du testateur le substitué n'avait pas le *jus capiendi*, mais qu'il l'a acquis à temps pour n'être pas écarté de la succession de l'impubère; il faut supposer de plus que celui-ci a été institué par son père. Alors on distingue dans son hérédité les biens paternels et les biens qu'il tient de toute autre source, et c'est à ces derniers seulement que le substitué peut prétendre, mais il le peut alors même qu'il ne figurait pas dans le

(1) L'impubère étant fait prisonnier après la mort de son père et mourant chez les ennemis, mais toujours impubère, la substitution conserve son effet (L. 10 § 1, *De capt.*). Ne faudrait-il pas décider de même si, encore impubère au jour où sa captivité a commencé, il était pubère au moment de sa mort? car il est réputé décédé au jour même où il a été fait prisonnier.

(2) Supposons que l'impubère meurt laissant un ascendant qu'il aurait dû, s'il avait testé lui-même, instituer ou au moins pourvoir de sa quarte. Supposons de plus que cet ascendant ne figure pas parmi les substitués pupillaires. La substitution pourra-t-elle alors être rescindée comme inofficieuse, et cela quoique le testament paternel ait reçu son effet? Un texte d'Ulpien implique que la question doit être résolue négativement (L. 11 pr., *De exc. rei jud.*, XLIV, 2).

(3) Lors même que l'impubère a été exhérédé légitimement, sa succession peut comprendre des biens venant de son père. Presque toujours, en effet, c'est en lui laissant un legs ou un fidéicommis que celui-ci aura pu donner une juste cause à l'exhérédation (page 896, note 1).

testament à titre d'institué (L. 6, *De vulg. et pup. subst.*) (1); 2° supposons que l'impubère, devenu *sui juris* par la mort de son père naturel, s'est donné en adrogation, puis est redevenu *sui juris* par la mort de l'adrogeant. Deux substitutions pupillaires peuvent avoir été faites, l'une par le père naturel, l'autre par l'adrogeant. Celle-ci ne comprend que les biens dont l'acquisition a son origine dans l'adrogation, c'est-à-dire la succession même de l'adrogeant, s'il a institué l'impubère, la quarte antonine s'il l'a exhérédé, et, dans tous les cas, les libéralités qui auraient pu être laissées à cet impubère en considération de l'adrogeant lui-même (L. 10 § 6, *De vulg. et pup. subst.* — L. 22 § 1, *De adopt.*, I, 7) (2). Quant à la substitution faite par le père naturel, rigoureusement elle aurait dû s'évanouir par le changement de famille de l'impubère; si elle subsiste, c'est grâce à la promesse par laquelle l'adrogeant s'est engagé, pour le cas de décès de l'adrogé impubère, à restituer aux divers ayant droit les biens que celui-ci lui a apportés (n° 112). Mais nécessairement l'effet de cette substitution se trouve limité aux biens que ne recueille pas le substitué donné par l'adrogeant (3).

A. Comment l'hérédité de l'impubère sera-t-elle acquise au substitué pupillaire? Les jurisconsultes distinguent : supposez, en effet, que ce substitué soit un descendant ou un esclave du testateur, c'est-à-dire un individu dont il pouvait faire pour lui-même un héritier nécessaire; cela suffira pour le rendre dans tous les cas héritier nécessaire du pupille, alors même qu'au jour où la substitution s'ouvre il aurait cessé de remplir les conditions voulues pour être *necessarius* à l'égard du père. Si par exemple le substitué est un esclave du défunt, il n'importe que le pupille institué l'aliène : la substitution s'ouvrant, il deviendra de plein droit libre et acquerra l'hérédité pour son propre compte, et non pas pour son nouveau maître (L. 10 § 1; L. 48 § 2,

(1) Réciproquement, il est possible que le substitué eût le *jus capiendi* au décès du père et l'ait perdu quand s'ouvre la succession de l'impubère. En ce cas, il est écarté comme substitué, mais il garde ce qu'il a pu recevoir comme institué (L. 11, *De vulg. et pup. subst.*).

(2) Le droit du substitué donné par l'adrogeant reste certainement soumis à ces restrictions, encore que le père naturel n'ait pas fait de substitution pupillaire.

(3) Supposons que l'adrogeant n'ait pas fait de substitution pupillaire : le substitué donné par le père naturel aura-t-il toute la succession de l'adrogé? J'estime qu'il faut répondre par une distinction : il aura nécessairement tout, lorsque l'adrogé sera devenu *sui juris* par voie d'émancipation. Si au contraire l'adrogé est devenu *sui juris* par le décès de l'adrogeant, tous les biens qu'il doit à l'adrogation appartiendront à ses agnats, c'est-à-dire aux membres de sa nouvelle famille.

De vulg. et pup. subst.). Que si le substitué pupillaire est une personne que le testateur n'aurait pu instituer que comme héritier externe, il sera pareillement héritier externe du pupille, libre par conséquent de faire adition ou de répudier. C'est là une règle certaine, lorsqu'on suppose que le substitué pupillaire n'a pas été en même temps institué comme héritier du père. Dans le cas contraire, la règle fut l'objet d'une controverse qui se rattache à cette question plus générale : Lorsque le substitué pupillaire est en même temps institué, l'hérédité du fils doit-elle être considérée comme un simple accroissement de l'hérédité du père ou comme une hérédité distincte et indépendante? J'estime que le premier point de vue régna seul au début, et de là ces deux décisions de Nératius : 1° l'institué, une fois investi de l'hérédité du testateur, ne peut plus, comme substitué pupillaire, répudier celle de l'impubère : dès qu'elle s'ouvre, il en est saisi à titre d'héritier nécessaire; 2° s'il meurt du vivant de l'impubère, mais après avoir acquis l'hérédité du testateur, il transmet à ses propres héritiers sa vocation de substitué pupillaire, et pas plus que lui ceux-ci ne sont libres de répudier (L. 59, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2). Mais tout autre paraît avoir été la doctrine des derniers jurisconsultes classiques, et voici trois décisions fondées certainement sur l'idée de l'indépendance respective des deux hérédités : 1° Ulpien, raisonnant dans l'hypothèse de plusieurs substitués pupillaires qui tous ont fait adition de l'hérédité du testateur, n'admet le droit à la substitution qu'au profit de ceux qui survivent à l'impubère et repousse les héritiers des prédécédés (L. 8 § 1 ; L. 10 pr., *De vulg. et pup. subst.*) ; 2° d'après le même jurisconsulte, et c'est aussi la doctrine de Modestin, si le substitué pupillaire, esclave ou fils de famille au jour où il a fait adition comme institué, est devenu libre ou *sui juris* avant l'ouverture de la substitution, c'est pour lui-même qu'il la recueille, non pour le maître ou le père auquel il a acquis l'hérédité du testateur (L. 3 ; L. 8 § 1, *De vulg. et pup. subst.*); 3° enfin, Papinien décide que l'enfant qui, comme institué, s'est abstenu de l'hérédité paternelle, n'est pas obligé, comme substitué pupillaire, de s'abstenir de l'hérédité de son frère (L. 12, *De vulg. et pup. subst.*). D'où sans trop de hardiesse on peut conclure qu'en thèse générale ce jurisconsulte admettait le substitué à accepter l'hérédité du pupille, bien qu'il eût répudié celle du père (1), ou réciproquement, à répudier celle du pupille après avoir

(1) Toutefois cette doctrine fléchit certainement lorsque le substitué pupillaire a

accepté celle du père (1). Ce qui paraît certain, car Justinien le constate, c'est qu'on discuta la question de savoir si le substitué pupillaire pouvait prendre sur l'hérédité du fils un parti différent de celui qu'il avait pris sur l'hérédité du père. Justinien (L. 20, C., *De jur. delib.*, VI, 30), faisant prévaloir sur ce point la doctrine de Nératius, décide qu'il ne le pourra pas; mais il ne tranche pas d'une manière générale le conflit né du système ancien qui confondait les deux hérédités en une seule et du système nouveau qui les distinguait. Il ne dit pas si l'hérédité de l'impubère devra être traitée à tous égards comme un accroissement de celle du père.

370 *a*. Il faut examiner maintenant quelles sont les charges dont le substitué pupillaire peut être tenu. Ces charges sont ou des dettes ou des legs.

Quant aux dettes, il paye toutes celles qui grevaient le patrimoine de l'impubère; et parmi elles se trouvent nécessairement celles du testateur lui-même, lorsqu'il a institué son fils et que celui-ci n'a pas usé du bénéfice d'abstention. Mais que décider lorsque l'impubère s'est abstenu et que d'ailleurs le substitué n'a pas lui-même recueilli l'hérédité du testateur? Quelques jurisconsultes, partant de l'idée de l'unité des deux hérédités, ne voulaient pas que le substitué profitât de l'abstention de l'impubère; ils le soumettaient donc et au payement intégral des dettes et à la *bonorum venditio* en son propre nom. Cette opinion, professée par Julien, est condamnée par Marcellus et Ulpien comme contraire aux véritables intérêts du pupille qu'elle risque de faire mourir intestat (L. 42 pr., *De acq. vel omitt. hered.*) (2).

A l'égard des legs, je distinguerai quatre hypothèses :

été institué seul ou sans autre cohéritier que l'impubère lui-même. Dans le premier cas, en effet, sa répudiation a enlevé toute force au testament; et, dans le second cas, elle a fait passer toute l'hérédité du père dans celle du fils, de sorte qu'accepter celle-ci, ce serait vraiment revenir sur une répudiation déjà faite (L. 10 §§ 3 et 4, *De vulg. et pup. subst.*).

(1) Ceci est surtout incontestable dans le cas où l'impubère a été exhérédé.

(2) Julien avait emprunté sa doctrine à son maître Javolénus. Le texte remarquable où celui-ci la développe (L. 28, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5) donnerait à croire par une ligne (*at quum substitutus*, etc.) qu'il distinguait entre le cas où en fait le pupille s'était immiscé à l'hérédité paternelle et le cas où il ne s'était pas immiscé; c'est seulement dans le premier cas que le substitué aurait été tenu des dettes du père, ce qui reviendrait à dire que l'immixtion personnelle du pupille, sans lui ôter à lui-même le bénéfice d'abstention, en fait perdre les résultats au substitué. Si c'est bien là la doctrine de Javolénus, ce que l'ensemble du texte rend au moins douteux, elle aurait été plus douce sans doute, mais bien moins logique que celle de Julien.

1° L'impubère institué a reçu pour substitué pupillaire son cohéritier. — Ici l'on conçoit d'abord des legs imposés à l'une et à l'autre institution; mais d'autres peuvent n'avoir été imposés qu'à la substitution pupillaire. Ces derniers, comme les précédents, sont réputés écrits *in primis tabulis*, c'est-à-dire mis à la charge de l'institution elle-même, mais sous la condition de l'ouverture du droit du substitué (1). D'où l'on conclut qu'ils ne peuvent être dus que sur les biens provenant du testateur, et qu'ils sont dus sur tous ces biens. S'agit-il, par conséquent, de savoir dans quelle mesure le substitué est tenu envers les divers légataires et quelle est sa quarte falcidie : il faudra faire une seule masse des legs imposés soit aux deux institutions, soit à la substitution pupillaire; et ces legs seront absolument réductibles ou ne le seront pas du tout, selon qu'ils excéderont ou non les trois quarts du patrimoine du testateur apprécié au moment même de sa mort. Par exemple, l'impubère et le substitué ayant été l'un et l'autre institués pour moitié, chaque institution est grevée de legs jusqu'à concurrence de cent, et la substitution est chargée d'une même somme. La somme des legs égalant donc trois cents, si le testateur n'a laissé que trois cents d'actif, il y aura lieu à une réduction de soixante-quinze, et cela quand même la fortune du pupille aurait reçu une augmentation assez forte pour que, jointe à la part héréditaire déjà recueillie par le substitué, elle donnât à celui-ci de quoi solder tous les legs et avoir sa quarte. Réciproquement, si l'on suppose que le testateur a laissé un actif de quatre cents, les legs échapperont à toute réduction alors même que le pupille aurait perdu tout ou partie de l'actif qu'il a trouvé dans la succession paternelle. Il est donc possible qu'en dernière analyse le substitué se trouve obligé de payer les legs *ultra vires* (L. 11 § 5; L. 79, *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2. — L. 1 § 1, *Si cui plus quam per leg. Falc.*, XXXV, 3).

2° L'impubère institué a reçu pour substitué pupillaire un tiers. — Ici il ne peut être question que de legs mis à la charge ou de l'impubère lui-même ou de la substitution pupillaire. Ces legs, réunis en

(1) C'est parce que les legs imposés à la substitution sont réputés écrits *in primis tabulis* qu'ils ont leur *dies cedens* au jour même du décès du testateur, et en décidant ainsi, on ne contredit pas le point de vue qui consiste à les considérer comme conditionnels. Car il ne s'agit ici que d'une condition *extrinsecus veniens* (L. 1; L. 25 § 1, *Quand. dies legat.*, XXXVI, 2). Le même motif explique aussi l'admission du droit d'accroissement entre deux légataires de la même chose tenant leur droit, l'un du premier testament, l'autre du second (L. 34 § 10, *De leg.* 1°, XXX).

une seule masse, ne peuvent être dus, conformément aux principes que je viens d'exposer, que jusqu'à concurrence des trois quarts de la part héréditaire recueillie par l'impubère; mais dans cette mesure ils sont toujours dus (L. 11 § 7, *Ad leg. Falc.* — L. 42, *De vulg. et pup. subst.*).

3° L'impubère exhérédé a reçu pour substitué un héritier institué. — Ici le substitué ne peut avoir à payer que des legs mis à la charge ou de sa propre institution ou de la substitution; et il les paye, toujours d'après les mêmes principes, jusqu'à concurrence des trois quarts de l'actif net qu'il a trouvé dans la succession du testateur (L. 11 § 8, *Ad leg. Falc.*).

4° Enfin, l'impubère exhérédé a reçu pour substitué pupillaire un tiers. — Dans ce cas, les legs mis à la charge de la substitution pupillaire sont les seuls que l'on conçoive; et, en principe, on les tient pour nuls, puisque ni directement ni indirectement le patrimoine du testateur ne parvient au substitué. Par exception, ils sont dus sur les biens que l'impubère aurait obtenus par la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 126 pr., *De leg.* 1°, XXX) (1).

III. — DE LA SUBSTITUTION QUASI-PUPILLAIRE.

Lib. II, tit. XVI, *De pupillari substitutione*, § 1. — Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro codice, qua prospectum est ut, si mente captos habeant filios, vel nepotes vel pronepotes cujuscumque sexus vel gradus, li-

Déterminé par ce motif, nous avons inséré dans notre code une constitution décidant que celui qui a des enfants ou des descendants fous, quel que soit leur sexe ou leur degré, et encore qu'ils soient pubères, peut leur substituer cer-

(1) La substitution pupillaire ne doit pas être confondue avec le fidéicommis d'hérédité restituable seulement au décès de l'institué (§ 9 *sup.*). Pour me placer dans l'hypothèse où la ressemblance peut paraître le plus frappante, je supposerai que le père a institué son fils impubère et l'a grevé d'un fidéicommis universel pour le cas où il mourrait avant l'âge de puberté. Trois décisions données par Papinien (L. 41 § 3, *De vulg. et pup. subst.*) vont montrer que l'analogie n'existe qu'à la surface : 1° ce fidéicommis ne comprendra que l'hérédité du testateur et non les biens du grevé; 2° aux termes du sénatus-consulte pégasien, les héritiers du grevé retiendront le quart des biens du testateur, comme le grevé l'eût pu retenir s'il avait fait lui-même la restitution; 3° le fidéicommissaire ne peut être obligé qu'aux dettes du testateur et non jamais à celles du grevé. — Toutes ces décisions découlent d'une idée plus générale qui est celle-ci : tandis que le substitué pupillaire est véritablement l'ayant cause et l'héritier de l'impubère, le fidéicommissaire est directement et exclusivement l'ayant cause du disposant; les biens qui lui sont restitués ont passé par les mains du grevé, mais ce n'est pas le grevé qui les lui transmet.

ceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere; sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari : et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

taines personnes par imitation de la substitution pupillaire. Que s'ils recouvrent la raison, cette substitution devient nulle, et cela à l'exemple de la substitution pupillaire, qui s'évanouit une fois le pupille parvenu à la puberté.

371. Paul (L. 43 pr., *De vulg. et pup. subst.*) nous apprend que le père de famille pouvait obtenir de l'empereur la permission de tester pour son fils muet ou fou. Justinien, s'emparant de ce précédent, introduisit dans le droit commun une troisième espèce de substitution que les interprètes ont appelée quasi-pupillaire ou exemplaire, parce qu'elle n'est qu'une imitation de la substitution pupillaire (L. 9, C., *De impub. et al. subst.*, VI, 26. — § 1 *sup.*). Elle consiste en une institution d'héritier que l'ascendant fait désormais sans l'autorisation du prince pour un descendant qui n'a pas encore testé lui-même.

La substitution quasi-pupillaire, soumise en principe aux mêmes règles que la substitution pupillaire, en diffère pourtant sur trois points essentiels : 1° le droit de la faire appartient non-seulement au père de famille, mais encore à tout ascendant ou ascendante qui compte le fou parmi ses héritiers *ab* intestat (1). Et de là deux questions que Justinien n'a pas prévues : ce droit peut-il être exercé cumulativement par tous ces ascendants ? et, si l'on admet l'affirmative, comment se fera le partage entre les divers substitués pupillaires (2)? 2° la substitution quasi-pupillaire ne vaut qu'autant que le testateur laisse au descendant sa

(1) Justinien eût peut-être mieux fait de supprimer la substitution pupillaire, qui avait perdu sa primitive raison d'être, que d'en étendre l'idée en la corrompant. Quoi qu'il en soit, puisqu'il autorisait l'ascendant même dépourvu de la puissance paternelle à donner un héritier à son descendant fou, il n'eût été que logique en admettant ce droit de la manière la plus générale pour tout ascendant dont le descendant serait empêché de tester soit par son bas âge, soit par une infirmité quelconque. De cette façon l'impubère *sui juris* aurait pu lui-même recevoir un substitué sans avoir pour cela besoin d'être fou.

(2) Voici les différents systèmes proposés sur ces deux questions : 1° les ascendants pourraient tous faire une substitution, mais chaque substitué ne recueillerait que les biens provenant de celui qui l'aurait désigné. Ce système pèche en ce qu'il aboutit à faire mourir le fou en partie testat, en partie intestat, lorsque sa succession comprend des biens qui ne viennent pas de ses ascendants; 2° le plus proche ascendant seul pourrait faire la substitution quasi-pupillaire. Mais on objecte qu'il peut y avoir plusieurs ascendants également proches; 3° la substitution faite par le dernier mourant exclurait toutes les autres. Mais ce système a le tort de supposer

quarte légitime; 3° le substitué quasi-pupillaire doit être pris parmi les descendants du fou, ou, s'il n'en a pas, parmi ses frères ou sœurs; et ce n'est qu'à défaut de parents appartenant à l'une de ces deux catégories qu'il peut être aussi librement choisi que l'est toujours le substitué pupillaire.

La substitution quasi-pupillaire s'éteint lorsque le fou recouvre la raison d'une manière qu'on peut considérer comme définitive (1). Mais revivrait-elle si, n'ayant pas testé, il retombait plus tard dans une nouvelle aliénation? C'est ce que Justinien ne nous dit pas.

THÉORIE DES LOIS CADUCAIRES.

SOMMAIRE : I. Généralités. — Incapacités établies par les lois caducaires. — II. Des *præmia patrum* ou de la *caducorum vindicatio*. — III. Des principaux moyens d'éluder les lois caducaires. — De leur abrogation.

I. — GÉNÉRALITÉS. — INCAPACITÉS ÉTABLIES PAR LES LOIS CADUCAIRES.

372. Au sortir des guerres civiles où la république romaine avait péri, deux faits, l'un et l'autre gros de conséquences désastreuses, fixèrent l'attention d'Auguste et de ses conseillers : c'était l'abandon de plus en plus marqué du mariage et la décroissance progressive de la population ingénue. Par une de ces contradictions qui ne sont pas rares chez les despotes, l'homme qui avait su profiter de l'abaissement moral de Rome pour lui confisquer ses libertés se crut appelé à la régénérer. Pousser les citoyens au mariage et à la procréation légitime, tel fut son but. Le moyen consista à punir le célibat et la stérilité par une incapacité complète ou partielle de recueillir les libéralités testamentaires, et réciproquement à récompenser la paternité par l'attribution privilégiée des dispositions ainsi atteintes, et de certaines autres qui échappaient à leurs destinataires (2). Pour cela,

que le fou survit nécessairement à tous ses ascendants; 4° la préférence serait toujours donnée à la substitution faite par le père. Ce système n'est pas non plus satisfaisant; car il se peut que le père n'ait pas fait de substitution et que deux autres ascendants en aient fait une.

(1) Elle doit s'éteindre aussi lorsque le père profite d'un intervalle lucide pour tester.

(2) Les idées qui inspirèrent Auguste n'étaient pas nouvelles. C'est sa façon de les appliquer qui le fut. Dès longtemps, en effet, certains avantages avaient été attachés à la paternité (Tit.-Liv., XLI, 8; XLV, 15. — Page 321, note 1). Dès longtemps aussi la stérilité était vue avec défaveur, le divorce de Spurius Carvilius Ruga en est la preuve (page 219). Quant au célibat, on le regardait comme un véritable mal,

il fallait bouleverser toute la théorie des testaments, froisser la liberté jusque-là respectée des testateurs, et sacrifier sans scrupules de nombreux intérêts. Auguste avait donc tout à la fois à vaincre de grandes difficultés juridiques et à surmonter le courant des mœurs, presque toujours plus fort que les lois. Il est certain que, dès les premières années de son long règne, il entreprit de réaliser ses vues; mais dès lors Horace, qui s'était fait sans conviction le panégyriste officiel de toutes ces tentatives, en proclamait l'impuissance (1), et ce n'est que sur la fin du règne, après une série de tâtonnements, sans doute aussi après beaucoup de résistances, qu'elles aboutirent à un système complet et définitif. Ce système trouva son expression dans les lois Julia *De maritandis ordinibus* et Papia Poppæa, rendues l'une en l'année 757, l'autre en l'année 762 (2); et ce sont ces lois qu'on appelle *leges caducariæ*, et quelquefois aussi *leges novæ* (3). Il faut étudier d'abord les incapacités qu'elles créèrent.

373. Aux termes de la loi Julia, les célibataires ne peuvent recueillir ni hérédités testamentaires ni legs, et la loi Papia Poppæa frappe les *orbi* d'une incapacité de même nature, mais restreinte à

et de là peut-être l'impôt spécial dont Servius Tullius frappa les veuves (page 29, note 3). Sous la république, les censeurs furent chargés de prévenir ou de réprimer le célibat. Cicéron, traçant les règles générales qu'ils doivent suivre, dit : *Cœlibes esse prohibento, mores populi regunto* (*De legib.*, III, 3). Cette dernière phrase me conduit à une observation plus générale. Sous la république, les censeurs étaient investis d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les mœurs. Aulu-Gelle y fait allusion (XIV, 2, n° 8), Lydus le constate bien formellement (*De mag. Rom.*, I, 43), et Varron (*De ling. lat.*, VI, 71), comparant entre eux le *jus prætorium* et le *jus censorium*, dit que le premier se règle sur la loi, le second sur l'équité; en d'autres termes, les censeurs ne statuaient que d'après leur conscience et l'utilité publique. Il résulte de là que pendant longtemps la censure suppléa dans une large mesure à l'action du législateur. Mais peu à peu, des raisons nombreuses firent que cette magistrature devint insuffisante, et alors on vit paraître successivement bien des lois dont on n'avait pas jusque-là senti le besoin. C'est ainsi que peuvent s'expliquer non-seulement les lois caducaires, mais aussi la disposition de la loi Cincia relative aux honoraires des avocats, et les nombreuses mesures par lesquelles on limita les effets de la puissance paternelle et de la puissance dominicale.

(1) . . . . . *Quid leges sine moribus*
Vanæ proficient? Hor., *Od.*, III, 24.)

(2) La loi Papia Poppæa n'absorba pas la loi Julia, elle ne la fit pas disparaître, puisque les jurisconsultes les citent l'une et l'autre. Elle eut pour objet principal de la compléter (Gaius, II, §§ 111 et 286. — *Fr. Vat.*, §§ 216 et 218). Sur certains points secondaires elle en changea les dispositions (Ulp., XIV). Le système de ces lois fut du reste développé par plusieurs sénatus-consultes (Ulp., XVI § 3).

(3) Cette dernière expression, plus large, embrasse aussi les lois qui privent les affranchis latins juniens du *jus capiendi*.

la moitié de la disposition (Gaius, II, §§ 111 et 286). Les uns sont donc *incapaces*, les autres sont *non solidi capaces* (1). Par célibataire, il faut entendre l'homme ou la femme qui n'est pas marié en *justæ nuptiæ*, et qui n'a pas d'enfants légitimes; par *orbus* l'homme ou la femme qui, marié, n'a pas au moins un enfant légitime vivant ou simplement conçu (LL. 148, 149 et 153, *De verb. sing.*, L, 16) (2). Du reste, on ne considère ni le sexe ni le degré des descendants. On n'exige pas non plus qu'ils soient *in potestate*, ni même, si ce sont des petits-enfants, qu'ils soient issus *ex filio* (3). Il est également certain que les enfants adoptifs ne comptent pas à l'adoptant (Tacit., *Annal.*, XV, 19), d'où je conclus qu'ils continuent de compter à leur père naturel (4) (5).

(1) Il n'est pas douteux que ces incapacités s'appliquent, soit qu'il s'agisse d'une hérédité proprement dite ou d'une *bonorum possessio secundum tabulas* (L. 12, § 1, *De bon. poss.*, XXXVII, 1. — L. 138, *De verb. sign.*, L, 16). Mais elles sont tout à fait étrangères à la matière des successions *ab* intestat.

(2) Quelques interprètes croient que les femmes, alors même qu'elles comptent un ou deux enfants, restent soumises aux déchéances résultant de l'*orbitas*. Le *jus liberorum* seul les en relèverait (page 321, note 1). Cette conjecture, qu'aucun texte ne justifie, me paraît contredite par ce que nous savons de la capacité respective de deux époux sans enfants. Cette capacité est certainement moindre que la capacité ordinaire d'un *orbus*. Or Ulpien paraît bien trouver qu'en cela il y a aggravation au droit commun non-seulement par rapport au mari, mais aussi par rapport à la femme (Ulp., XV et XVI). Deux textes, au surplus, fournissent des arguments en mon sens (LL. 135 et 141, *De verb. sign.*).

(3) Sans doute, pourrait-on objecter, le *jus patrum* ou la *caducorum vindicatio* n'appartient pas à qui n'a que des *nepotes ex filia* (*Fr. Vat.*, § 195). Mais il n'y a rien à conclure de là; car il doit être plus difficile d'acquérir le *jus patrum* que d'échapper aux peines de l'*orbitas*.

(4) La rubrique d'un titre d'Ulpien (XIII) mentionne, après le *cœlebs* et l'*orbus*, le *pater solitarius*. Malheureusement le texte est incomplet, et l'explication de cette expression nous manque. Mais il est vraisemblable que le *pater solitarius* est l'homme veuf ou divorcé qui a des enfants de son précédent mariage, et qu'il est frappé d'une certaine incapacité, moindre probablement que celle des *orbi*. C'est en tenant compte de cette conjecture que je n'ai classé comme célibataires que les personnes non mariées qui n'ont pas d'enfants. Les lois caducaires établissent donc trois degrés d'incapables : 1° ceux qui n'ont pas même contracté mariage. Ceux-là ont désobéi à la loi, et leur incapacité est complète; 2° ceux qui, mariés, n'ont pas d'enfants. Ceux-là ont fait ce qu'ils ont pu, mais ils ont été malheureux; leur incapacité est donc moindre; 3° ceux qui ont eu des enfants et qui ne se sont pas remariés. Ces derniers ont obéi à la loi et ont été plus heureux que les précédents; mais ils pourraient faire plus, et pour cela une légère incapacité les atteint encore.

(5) On s'est demandé si les personnes vivant *in concubinatu* échappent aux peines du célibat. Je suis peu porté à le croire, précisément parce qu'aucun texte ne pose même la question et que tous ceux que nous possédons parlent un langage qui suppose un véritable mariage; ils emploient, en effet, les mots *vir*, *uxor*, *matrimonium*, *nuptiæ* (Ulp., XIV, XV, XVI). On s'est également demandé si les enfants issus *ex*

A. En supposant que l'institution ou le legs s'adresse à un esclave, comme on ne peut exiger de lui ni mariage ni enfants légitimes, on se contente d'examiner si le maître pour lequel il doit acquérir n'est ni *cœlebs* ni *orbus* (L. 82, *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2. — L. 55 § 1, *De leg.* 2°, XXXI) (1). Que si au lieu d'un esclave il s'agit d'un fils de famille, on peut induire d'un texte (L. 140, *De verb. sign.*) que, quoique ne recueillant pas pour lui-même, il doit néanmoins satisfaire personnellement aux conditions exigées par les lois Julia et Papia Poppæa; mais il est raisonnable de croire que le père ne profite intégralement de la disposition qu'autant qu'il est lui-même marié.

Au surplus, il n'importe que l'individu gratifié soit *cœlebs* ou *orbus* au jour même de la confection du testament. Tout ce que la loi exige, c'est qu'il ne le soit pas au moment où son droit se fixe, c'est-à-dire à l'époque du décès du testateur ou de l'événement de la condition : on accorde même que, contractant un mariage ou devenant père dans les cent jours qui suivent, il échappe aux déchéances qu'entraîne le célibat ou l'*orbitas* (Ulp., XVII § 1); et voilà pourquoi il est exact de dire que les lois caducaires n'ôtent au *cœlebs* et à l'*orbus* que le *jus capiendi* et non pas la *factio testamenti* (n° 332) (2).

A. Par exception, certaines personnes échappent aux déchéances établies par les lois caducaires. Ce sont principalement : 1° les hommes au-dessous de vingt-cinq ans et les femmes au-dessous de vingt ans; 2° les hommes sexagénaires et les femmes quinquagénaires, en supposant que les uns et les autres soient arrivés mariés à la limite fixée par la loi (Ulp., XVI § 1) (3); 3° les cognats du testateur jusqu'au

concubinatu évitent à leurs auteurs les peines de l'*orbitas* et s'ils procurent à leur
224 père le *jus patrum* (page ~~200~~, note 1). J'incline encore à la négative, mais je ne me fonderais pas avec quelques auteurs sur cette idée que l'on ne tient compte ici que des enfants appelés à la *bonorum possessio unde liberi*. En effet, les enfants donnés en adoption sont comptés à leur père naturel, et pourtant cette *bonorum possessio* ne leur compète pas quant à sa succession.

(1) Il résulte de ce texte que si, après le décès du testateur et avant d'avoir accepté par ordre de son maître, l'esclave vient à être affranchi, il pourra, quoique célibataire, acquérir pour lui-même l'hérédité ou le legs.

(2) Ulpien nous apprend que le mot *capere*, différent en cela du mot *accipere*, s'entend *cum effectu*, et qu'en conséquence nul n'est réputé *capere* quand il est tenu de restituer (L. 171 pr., *De verb. sign.*, L, 16). Je conclus de là que lorsque le *cœlebs* et l'*orbus* sont grevés de fidéicommis au profit de personnes capables, la disposition s'exécute. Mais en pareil cas, le *cœlebs*, évidemment, n'a pas le droit de retenir une quarte.

(3) Il paraît que la femme quinquagénaire était absolument présumée stérile (L. 21 pr., *De act. empt.*, XIX, 1). Donc si elle est arrivée non mariée à l'âge de cinquante

sixième degré inclusivement, et même au septième degré les enfants d'un petit-cousin ou d'une petite-cousine (*sobrino* ou *sobrina nati*) (*Fr. Vat.*, §§ 216 et 217); 4° certaines personnes qui au jour du décès du testateur étaient ou avaient été ses alliées en ligne descendante ou ascendante ou à titre de conjoints (*Fr. Vat.*, §§ 218 et 219); 5° les veuves pendant les deux premières années de leur veuvage, et les femmes divorcées pendant les dix-huit mois qui suivent le divorce (Ulp., XIV). Toutes ces personnes ont la *solidi capacitas* (1). Il paraît bien certain aussi que la concession du *jus liberorum* par le prince emportait remise des peines de l'*orbitas* (Ulp., XVI); mais probablement elle laissait subsister les peines du célibat (2).

Toutes les dispositions qui échappent aux célibataires et aux *orbi* s'appellent *caduca*, et sont dévolues comme récompense (*præmia*) aux institués ou aux légataires *patres*, et, à leur défaut, au trésor public (Gaius, II, § 286). Mais ce ne sont pas là les seuls *caduca*, et il y a

ans, son incapacité est tout à fait définitive. Quant à l'homme sexagénaire, il redevient capable en épousant une femme âgée de moins de cinquante ans. Mais l'homme au-dessous de soixante ans qui épouserait une quinquagénaire continuerait d'être traité comme non marié. Son mariage est appelé *impar matrimonium* (Ulp., XVI § 3).

(1) On peut soutenir que pendant ces délais la femme était seulement affranchie des conséquences du célibat, non de celles de l'*orbitas*. A l'inverse, on a prétendu que l'exemption accordée par la loi Papia Poppæa aux alliés n'avait trait qu'aux peines de l'*orbitas*, non à celles du célibat. On s'est fondé sur ce que cette loi s'occupait plus spécialement des *orbi*.

(2) D'après le système que j'ai exposé, deux époux, par cela seul qu'ils sont mariés, posséderaient, l'un par rapport à l'autre, une *dimidia capacitas*, et il leur suffirait d'avoir chacun un enfant d'un lit antérieur pour être respectivement *solidi capaces*. Mais, afin de ne pas les encourager indirectement à laisser leur union inféconde, la loi établit ici des dispositions spéciales que nous connaissons surtout par les *Regulæ* d'Ulpien (XV et XVI). Chaque conjoint ne peut à ce titre recevoir par voie de libéralité testamentaire qu'un dixième en pleine propriété des biens de son conjoint, plus un tiers en usufruit. Cette capacité augmente à raison d'un dixième par chaque enfant issu d'un précédent lit, et elle est entière dans un grand nombre de cas, notamment lorsqu'ils ont un enfant commun, lorsque le prince leur a accordé le *jus liberorum*, ou qu'ils sont l'un et l'autre au-dessous ou au-dessus de l'âge où le mariage est exigé. Rien du reste n'empêche un conjoint de laisser la pleine propriété de tous ses biens à son conjoint sous cette condition : *si liberos habuerit*. Tels sont les traits essentiels du système, et il faut les connaître si l'on tient à voir clair dans certains textes du Digeste (L. 10, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — L. 48, *De usur.*, XXII, 1. — L. 24 pr., *De ad. vel transf. leg.*, XXXIV, 4. — LL. 61 et 62 pr., *De cond. et dem.*, XXXV, 1). On remarquera encore que le divorce donne toujours aux époux séparés une pleine capacité respective, puisque, comme je l'ai dit (n° 373), les déchéances prononcées par les lois caducaires ne s'appliquent pas entre deux anciens conjoints.

d'autres dispositions que la loi attribue selon les mêmes règles aux mêmes personnes. Il faut donc envisager d'une manière générale la théorie des *præmia patrum*.

II. — DES *PRÆMIA PATRUM*, OU DE LA *CADUCORUM VINDICATIO*.

374. Pour avoir une idée complète de la matière, il faut avec Justinien (L. *unic.* §§ 1 à 5, C., *De cad. toll.*, VI, 51) diviser les dispositions testamentaires qui manquent leur effet en trois classes : les unes appelées *caduca*, les autres assimilées aux *caduca* et dites *in causa caduci*, d'autres enfin qualifiées *pro non scriptis*.

1° Des *caduca*. — On appelle ainsi, dans le sens technique du mot, toutes les dispositions testamentaires qui, valables et pouvant produire leur effet d'après les règles de l'ancien droit civil, ne le manquent que par application des *leges novæ*. Ce sont donc : 1° celles qui aux termes de la loi Junia Norbana échappent aux affranchis latins juniens (n° 63) ; 2° celles que les lois caducaires enlèvent au *cœlebs*, à l'*orbus*, et probablement aussi au *pater solitarius;* 3° celles dont le destinataire est mort ou a perdu la *factio testamenti* dans l'intervalle écoulé entre le décès du testateur et l'ouverture du testament. Si ces dernières dispositions sont considérées comme ne s'évanouissant que par l'effet des lois caducaires, cela tient à ce que, prohibant l'adition d'hérédité avant l'*apertura tabularum* et reculant à cette même époque le *dies cedens* des legs, ces lois empêchent seules l'acquisition du droit dans cet intervalle, tandis que d'après le droit antérieur l'héritier pourrait à ce moment avoir déjà acquis l'hérédité, et sûrement le légataire transmettrait compris dans sa succession son droit éventuel au legs.

J'ai dit précédemment que le droit de réclamer les *caduca* appartient d'abord aux *patres* inscrits dans le testament à titre d'héritiers ou de légataires. Par *pater* il faut entendre ici l'homme qui a au moins un enfant légitime vivant ou conçu, et qui de plus est actuellement marié ou dispensé de l'être à raison de son âge. Ainsi un mineur de vingt-cinq ans déjà veuf ou un sexagénaire devenu veuf depuis sa soixantième année accomplie seront *patres*, s'ils ont un enfant. Il est certain, du reste, que les enfants donnés en adoption comptent à leur père naturel et non pas à l'adoptant. Il est également certain que, quoique l'on n'exige pas ici la puissance paternelle, on ne tient compte que de la descendance *per masculos*, de sorte que le

petit-fils *ex filia*, qui évite à son grand-père maternel les peines de l'*orbitas*, ne lui donne pas le *jus patrum* (*Fr. Vat.*, § 195). Conformément à cette décision, les interprètes paraissent d'accord pour refuser ce droit aux femmes, quelque nombre d'enfants qu'elles puissent avoir.

Entre les cohéritiers *patres*, la loi n'établit pas de différence, elle les appelle tous concurremment; et la même règle est suivie à l'égard des légataires *patres*. Mais d'une manière générale, les cohéritiers sont préférés aux légataires, c'est-à-dire que ceux-ci, quoique *patres*, ne sont appelés qu'à défaut d'héritiers *patres*, et cela sans distinguer si la disposition frappée de caducité est une institution ou un legs. Ces principes, toutefois, reçoivent deux exceptions remarquables : 1° dans l'hypothèse d'une institution caduque, il peut arriver que l'un des cohéritiers *patres* exclue tous les autres; pour cela, il faut supposer que, d'après le droit civil, ce cohéritier aurait une vocation exclusive au droit d'accroissement; en d'autres termes, il faut le supposer appelé à la même part que le défaillant, soit par une seule phrase, soit par deux phrases distinctes (L. 142, *De verb. sign.*); 2° s'il s'agit d'un legs fait *conjunctim*, et je déterminerai plus loin (n° 394) le sens particulier que cette expression présente ici, le colégataire du défaillant, à la condition d'être *pater*, exclut tous les héritiers; à plus forte raison exclut-il aussi les autres légataires (Gaius, II, § 207). Ces deux décisions exceptionnelles témoignent que le législateur cherche autant qu'il peut à se rapprocher des intentions du testateur dans une matière où il semble que son esprit général soit de les méconnaître systématiquement.

Les textes ne nous disent pas comment se partage le bénéfice du *caducum* recueilli, soit par plusieurs héritiers, soit par plusieurs légataires; mais il est vraisemblable que la répartition est proportionnelle, entre héritiers, aux parts pour lesquelles ils ont été institués, et entre légataires, à la valeur estimative des différents legs (1).

A défaut d'héritiers ou de légataires *patres*, les *caduca* étaient dévolus au peuple, considéré, c'est Tacite qui parle ainsi, comme le père

(1) Il paraît certain que, dans le système des lois caducaires, les fidéicommissaires, quoique *patres*, ne pouvaient jamais élever aucune prétention aux *caduca;* et cela était logique, puisque ces lois ne les soumettaient pas aux peines du célibat et de l'*orbitas* (n° 376). Mais l'on peut conjecturer que, du jour où le sénatus-consulte pégasien leur eut appliqué ces peines, la *caducorum vindicatio* leur fut ouverte par réciprocité. Toutefois je ne connais aucun texte qui s'explique sur ce point.

de tout le monde (Gaius, II, 286. — Tacite, *Ann.*, III, 28). Ils enrichissaient donc l'*ærarium*.

A. Tel fut certainement l'ordre de dévolution établi par les lois caducaires. Mais un texte d'Ulpien (XVII § 3) porte que de son temps, en vertu d'une constitution de l'empereur Caracalla, tous les *caduca* appartenaient au fisc. Ce prince avait-il donc supprimé le *jus patrum?* Telle est, en effet, l'opinion de beaucoup d'interprètes, et cette opinion cadre à merveille avec la fiscalité bien connue de Caracalla. Mais elle rencontre une objection décisive dans deux textes tirés, comme le précédent, des *Regulæ* d'Ulpien et qui constatent le droit des *patres* comme étant encore en vigueur (Ulp., I § 21, — XXV § 17) (1). A moins donc de croire à une double distraction de ce jurisconsulte, il faut admettre comme probable que l'innovation de Caracalla se borna à substituer le trésor impérial (*fiscus*) au trésor du peuple (*ærarium*) (2). Que si réellement il supprima le droit des *patres*, on ne peut douter que ses successeurs le rétablirent, puisque nous le trouvons subsistant encore au début du règne de Justinien (L. unic. § 4, C., *De cad. toll.*, VI, 51).

Au surplus, l'attribution des *caduca*, soit aux *patres*, soit au peuple ou au fisc, suppose essentiellement le maintien du testament, c'est-à-dire l'effet au moins partiel de l'une des institutions. Si donc, l'unique institué ou tous les institués sont écartés comme Latins Juniens ou comme célibataires, le défunt étant réputé mort intestat, il ne peut plus être question pour personne d'un droit aux *caduca* (Gaius, II, § 144). Ce droit implique donc, sinon l'arrivée d'un héritier *pater* ou *solidi capax*, au moins celle d'un *orbus*.

Quant aux règles selon lesquelles s'opère l'acquisition du *caducum*, ce sont les suivantes : 1° la propriété en appartient de plein droit à la
249 personne appelée par la loi (n° 249), et de là l'expression *caducorum vindicatio;* 2° néanmoins l'acquisition ne s'opère que cent jours après le décès, et, à l'exemple du legs *per vindicationem*, elle peut être répudiée (§ 3, Frag. *De jure fisci*) ; 3° elle entraîne soumission aux charges que le défaillant aurait lui-même été tenu d'acquitter (Ulp., XVII § 3).

(1) Une objection de même nature résulte d'un fragment *De jure fisci* (§ 3) qu'on attribue généralement à Paul ou à Ulpien.

(2) Le sénatus-consulte juventien, rendu sous Adrien, nous montre déjà des *partes caducæ* revendiquées dans une hérédité par le fisc. Mais sans doute il s'agit là de dispositions enlevées aux institués pour cause d'indignité. Ce sont des *ereptoria* improprement qualifiés *caduca* (L. 20 § 6, *De hered. pet.*, V, 3).

375. 2° Des dispositions *in causa caduci*. — Ce sont toutes celles qui, valablement écrites, manquent leur effet par une circonstance indépendante des *leges novæ*. Que par exemple l'institué ou le légataire répudient, que la condition qui suspendait leur droit vienne à défaillir, qu'ils meurent du vivant du testateur, que l'institué meure même après l'*apertura tabularum*, dans tous ces cas la libéralité s'évanouit, mais c'est là un résultat auquel les lois caducaires sont absolument étrangères. De telles dispositions sont assimilées aux *caduca*, en ce sens qu'elles sont dévolues aux mêmes personnes dans le même ordre et selon les mêmes règles (1). La loi, sans avoir besoin de prononcer une déchéance, saisit donc l'occasion de multiplier les *præmia patrum*.

A. Ici toutefois le droit des *patres* peut être écarté par l'exercice du *jus antiquum*. On appelle ainsi le droit laissé par la loi Papia Poppæa aux ascendants et aux descendants, jusqu'au troisième degré inclusivement, de recueillir la libéralité qui échappe à son destinataire, toutes les fois qu'elle leur eût appartenu selon le droit ancien (Ulp., XVIII). D'après cette définition, le *jus antiquum* ne s'applique évidemment pas aux *caduca* dans le sens propre du mot; car, le droit ancien n'admettant pas la caducité, de telles dispositions eussent toujours produit leur effet régulier et par conséquent n'eussent jamais profité à un ascendant ou à un descendant auquel elles n'étaient pas destinées. Voici les principaux effets du *jus antiquum*: 1° soit trois héritiers, Primus, Secundus et Tertius. Primus répudie ou prédécède, Secundus est *pater* ou n'a que la *solidi capacitas*, Tertius, qui n'est ni *pater* ni même marié, a le *jus antiquum*. D'après la législation caducaire, la part de Primus appartiendrait tout entière à Secundus, s'il est *pater*, et, s'il ne l'est pas, aux légataires *patres*. Mais en vertu du *jus antiquum*, Tertius en recueille dans l'un et l'autre cas la moitié, et il la recueille selon les règles du *jus accrescendi*. Que s'il eût été appelé conjointement avec Primus, c'est-à-dire à la même part, ce n'est plus pour une simple moitié, c'est pour le tout qu'il prendrait la place du défaillant; 2° le testateur a institué Primus et lui a substitué Tertius qui est *cœlebs*, mais qui a le *jus antiquum*. Primus mourant ou répudiant, Tertius, comme célibataire, serait exclu de la substitution; grâce au *jus anti-*

(1) Aussi, dans le langage presque constant des jurisconsultes, les dispositions *in causa caduci* sont comprises parmi les *caduca*. Le titre XVIII des *Regulæ* d'Ulpien est intitulé : *Qui habeant jus antiquum in caducis*, et ce titre, comme on va le voir tout à l'heure, ne s'applique qu'à des dispositions *in causa caduci*.

quum, il pourra la recueillir ; 3° Primus institué est grevé d'un legs : s'il a le *jus antiquum*, lui seul profite de la répudiation ou du prédécès du légataire en ce qu'il est affranchi de la charge. Qu'au contraire le *jus antiquum* lui manque : s'il est *pater*, il partage le bénéfice du legs avec les autres héritiers *patres ;* s'il n'est pas *pater*, il reste absolument tenu de payer le legs aux *patres* (1).

3° Des dispositions *pro non scriptis*. — Ce sont celles qui ont été nulles dès le principe, par exemple parce que l'institué ou le légataire étaient déjà morts ou dépourvus de la *factio testamenti* au jour où le testateur exprimait ses dernières volontés. De telles dispositions ne donnent jamais lieu à l'exercice du *jus patrum*. Elles restent soumises à l'ancien droit. Donc, s'agit-il d'une institution, sa nullité ouvre la substitution vulgaire, s'il y en a une; sinon, le *jus accrescendi*. S'agit-il d'un legs : l'accroissement s'opère, s'il y a lieu ; sinon, le legs reste *in hereditate*. Mais il va de soi que nul ne profite des dispositions non écrites que dans la mesure où les lois caducaires lui reconnaissent la capacité de recueillir de son propre chef.

III. — DES PRINCIPAUX MOYENS D'ÉLUDER LES LOIS CADUCAIRES. DE LEUR ABROGATION.

376. Les lois caducaires avaient été impopulaires dès leur origine, et elles le méritaient. De là une remarquable application des testateurs à les éluder.

A. Voici d'abord trois expédients imaginés dans ce but et que des lois expresses proscrivirent : 1° Tacite (*Ann.*, XV, 19) rapporte que, d'après un sénatus-consulte rendu sous Néron, les enfants adoptifs ne purent désormais ni éviter à l'adoptant les peines de l'*orbitas*, ni lui acquérir les *prœmia patrum*. C'est donc qu'ils le pouvaient jusque-là, soit que les lois caducaires eussent négligé de s'expliquer en sens contraire, soit que la pratique se fût mise en révolte contre elles; 2° jusqu'au règne de Vespasien, les *cœlibes* et les *orbi* purent recueillir des fidéicommis. Pour assurer l'efficacité de sa disposition, le testateur n'avait donc qu'à en changer la forme et l'étiquette. Faut-il voir là une imprévoyance des lois caducaires ? ou n'est-il pas plus probable que le caractère

(1) Parmi les effets du *jus antiquum*, je ne compte pas la *solidi capacitas*. Sans doute elle accompagne toujours le *jus antiquum*, mais elle n'en est pas une conséquence, puisqu'elle appartient à tous cognats, même en ligne collatérale, jusqu'au sixième degré.

obligatoire des fidéicommis n'était pas encore définitivement consacré à l'époque où elles furent rendues? Quelle que soit la valeur de cette conjecture, ce qui est évident, c'est que, l'exécution des fidéicommis cessant d'être abandonnée à la pure bonne foi du grevé, il n'était que logique d'étendre à cette sorte de disposition l'incapacité des *cœlibes* et des *orbi*. C'est ce que fit le sénatus-consulte pégasien, qui du même coup admit le droit des héritiers ou des légataires *patres* sur les fidéicommis caducs ou *in causa caduci* (Gaius, II, § 286) (1); 3° le testateur choisissait un héritier ou un légataire capable, et exigeait de lui un engagement oral ou écrit de restituer au *cœlebs* ou à l'*orbus* qu'il voulait gratifier. C'est là ce qu'on appelait un fidéicommis tacite ou fait *in fraudem legis*. Même avant le sénatus-consulte pégasien, de telles dispositions furent déclarées nulles. Mais on alla plus loin: le grevé encourait, comme indigne, la confiscation de toute la portion qu'il s'était obligé de restituer à l'incapable, et sur cette portion il ne pouvait jamais retenir la quarte que le sénatus-consulte pégasien assure en général à l'institué grevé de fidéicommis (Ulp., XXV § 17. — L. 3 pr., *De jur. fisc.*, XLIX, 14. — L. 10 pr. et § 1; L. 18 § 1, *De his quæ ut ind.*, XXXIV, 9. — L. 59 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2) (2).

A côté de ces expédients réprouvés par la loi, les textes nous présentent deux moyens admis pour échapper aux sévérités des *leges novæ* : 1° le testateur subordonnait l'existence même de l'institution ou du legs à cette condition : *quum capere poterit, quum liberos habuerit*, de telle sorte que ni l'adition d'hérédité ni le *dies cedens* du legs n'étaient possibles avant que l'institué eût acquis le *jus capiendi* (L. 51 pr., *De leg.* 2°, XXXI. — L. 18, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2). C'est par bienveillance, nous dit Modestin, que l'on admit la validité de pareilles dispositions (L. 62 pr., *De hered. inst.*, XXVIII, 5); et rien assurément ne prouve mieux que cette bienveillance l'impopularité des lois Julia et Papia Poppæa. Du reste, la condition *quum liberos habuerit* n'est pas réputée accomplie par une adoption (L. 51 § 1, *De leg.* 2°); 2° mais le procédé le plus usité peut-être fut la substitution vulgaire, surtout la substitution réciproque des

(1) Quant aux Latins Juniens, la capacité de recueillir des fidéicommis ne leur fut jamais retirée (Gaius, II, § 275). Mais l'exclusion qu'ils n'encouraient pas comme Latins Juniens ne les atteignait-elle pas, s'il y avait lieu, comme *cœlibes* ou *orbi*? ~~J'incline à le croire.~~ *J'incline à le croire*

(2) Pour assurer l'application de ces dispositions, le fisc faisait une part d'un quart à celui qui dénonçait le fidéicommis tacite au *præfectus ærario* (Tacit., *Ann.*, III, 28. — Suet, *Nero*, 10). Un édit de Trajan alla jusqu'à donner une moitié à l'incapable qui se dénonçait lui-même (L. 13 pr., §§ 1 et 2, *De jur. fisc.*).

héritiers (nº 365). Soit par exemple trois institués, Primus *cœlebs*, Secundus *pater*, et Tertius simplement *solidi capax*. D'après les lois caducaires, la part de Primus appartiendrait tout entière à Secundus. Mais en supposant une substitution réciproque, cette part se partagera entre Secundus et Tertius, puisque celui-ci est investi d'une vocation personnelle, et habile à recueillir de son propre chef. Même résultat si, au lieu de supposer la part de Primus caduque, on la suppose *in causa caduci*. De même encore, l'héritier institué qui a la *solidi capacitas* écarte, grâce à la substitution vulgaire, les légataires *patres* qui seraient appelés à profiter du *caducum* en l'absence d'autres héritiers *patres*. Voici, enfin, une autre hypothèse dans laquelle les règles relatives à la dévolution des dispositions caduques ou quasi caduques seront exclues par application de la maxime *substitutus substituto videtur et instituto substitutus esse*. Supposons deux institués, Primus et Secundus; Secundus a été substitué à Primus, et à Secundus lui-même le testateur a substitué Tertius qui n'est pas institué. Primus et Secundus venant l'un et l'autre à répudier ou étant exclus comme *cœlibes*, et Tertius n'étant que *solidi capax*, que lui donnerons-nous? S'il n'était pas réputé substitué à Primus, la part de celui-ci passerait aux autres institués *patres*, s'il y en a, sinon aux légataires *patres*. Grâce, au contraire, à la règle *substitutus substituto*, etc., Tertius pourra recueillir de son propre chef les deux parts de Primus et de Secundus (1).

Tant d'efforts pour éluder les lois caducaires, et ces efforts coïncidant avec une démoralisation toujours croissante, démontraient surabondamment que ce n'est ni en violant la liberté des personnes qui disposent, ni en excitant la cupidité de celles qui reçoivent, qu'on relève la dignité d'un peuple. Le christianisme, mieux inspiré qu'Auguste, quoique poussant à l'excès la réaction en faveur du célibat, devait répugner au maintien de ces lois. Aussi le premier empereur chrétien, Constantin, s'empressa-t-il d'abroger les peines du célibat et de l'*orbitas* (L. 1, C., *De inf. cœl. pœn.*, VIII, 58) (2). Mais le *jus patrum* continua de s'exercer sur les dispositions laissées à des Latins Juniens, sur celles dont la défaillance survenait entre le décès et l'*apertura ta-*

(1) Il faut bien remarquer que, si la substitution vulgaire fait obstacle au *jus patrum*, elle n'empêche jamais les déchéances attachées à l'*orbitas* ou au célibat.

(2) Cependant les restrictions apportées à la capacité respective des époux ne furent supprimées que par les empereurs Honorius et Théodose le Jeune, en l'année 410 (L. 2, C., *De inf. cœl. pœn.*)

bularum, enfin sur toutes celles qu'on appelait *in causa caduci*. Ce n'est que sous Justinien que la législation caducaire disparut entièrement. Suppression des affranchis latins juniens, restitution à l'institué du droit de faire adition dès le décès, replacement à la même époque du *dies cedens* de tous les legs non conditionnels, enfin, ce qui est le plus important, abrogation entière des *præmia patrum*, telle fut ici l'œuvre de ce prince (L. unic., C., *De cad. toll.*, VI, 51). Par cette dernière réforme, Justinien rendit toute sa portée à la théorie du droit d'accroissement soit entre cohéritiers, soit entre colégataires conjoints (1).

DES CHARGES QUI PEUVENT ÊTRE IMPOSÉES PAR LE TESTATEUR A SON HÉRITIER OU AUX AUTRES PERSONNES QU'IL GRATIFIE.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Lib. II, tit. XX, *De legatis*, pr. — Post hæc videamus de legatis. Quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur : nam loquimur de iis juris figuris quibus per universitatem res nobis adquiruntur; sed quum omnino de testamentis, deque heredibus qui testamento instituantur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari (Gaius, II, § 190) (2).

Maintenant étudions les legs. Cette branche du droit paraît, il est vrai, en dehors de notre matière actuelle, puisque nous étudions les modes d'acquérir à titre universel; mais après avoir traité à fond du testament et des héritiers testamentaires, il n'est pas hors de propos d'exposer maintenant cette partie du droit.

§ 1. — Legatum itaque est donatio quædam a defuncto relicta.

Donc le legs est une donation laissée par un défunt.

(1) Sous les lois caducaires, le droit d'accroissement ne s'appliquait plus entre cohéritiers que dans trois cas : 1° lorsque la disposition était réputée non écrite; 2° lorsqu'elle était *in causa caduci*, et que l'un des cohéritiers avait le *jus antiquum;* 3° lorsqu'elle était caduque ou quasi caduque et que tous les *patres*, ainsi que le trésor, refusaient de l'accepter. Quant au legs, on verra que les règles de l'accroissement y demeurèrent applicables non-seulement dans ces trois cas, mais encore lorsque la disposition portait sur un droit d'usufruit (n° 397).

(2) Bien que la matière des legs vienne ici interrompre l'exposé des modes d'acquisition *per universitatem*, la place que Justinien lui assigne est certainement la mieux choisie. En effet, il eût été peu logique de traiter des legs à propos de l'acquisition de la propriété à titre particulier, puisque, même sous Justinien, le legs n'est pas toujours une manière d'acquérir la propriété. Ce procédé eût d'ailleurs entraîné ou des obscurités ou des redites; car il est impossible de comprendre les legs sans connaître les institutions d'héritier.

§ 3. — Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Quum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia, sed, quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed, ne in primis legum cunabulis, permixte de his exponendo, studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus interim separatim prius de legatis, et postea de fideicommissis tractare, ut, natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

Mais nous n'avons pas cru devoir nous en tenir à cette constitution. Trouvant, en effet, que l'antiquité avait enfermé les legs dans des règles strictes et donné une nature plus riche aux fidéicommis comme dépendant plus de la volonté des défunts, nous avons cru nécessaire d'assimiler les legs et les fidéicommis de telle sorte qu'il n'y ait plus entre eux aucune différence, mais que les fidéicommis servent à combler ce qui manque aux legs, et à leur tour s'enrichissent de ce que les legs peuvent avoir de plus avantageux. Mais, de peur qu'une exposition indistincte n'engendre des difficultés pour les jeunes étudiants à leur début dans l'étude des lois, nous avons cru qu'en attendant, il serait utile de traiter séparément des legs d'abord, puis des fidéicommis, afin que, la nature des uns et des autres étant connue, leur assimilation devienne plus facile à saisir pour des oreilles déjà formées.

378. L'institution d'héritier n'est pas la seule forme dans laquelle le testateur dispose de ses biens : il peut aussi faire des legs et des fidéicommis. Deux différences fondamentales séparent ces dispositions de l'institution : la première consiste en ce qu'elles sont subordonnées et non principales; je veux dire que le testament peut ne contenir ni legs ni fidéicommis, tandis que sans institution il n'existe pas. La seconde consiste en ce que le légataire et le fidéicommissaire ne sont pas *successores juris* (Inst., § 11, *De test. ord.*, II, 10), c'est-à-dire ne continuent pas juridiquement la personne du défunt, donc ne sont jamais de plein droit ni saisis de ses créances ni tenus de ses dettes (1). Du reste à

(1) Cela ne veut pas dire que le legs et le fidéicommis soient nécessairement des dispositions à titre particulier. Cette proposition serait tout à fait fausse à l'égard

l'exemple de l'institution, les legs et les fidéicommis constituent des dispositions à titre gratuit (1). Mais comme l'institution s'applique toujours à l'hérédité entière, il est évident que les legs et les fidéicommis diminuent le bénéfice de l'héritier. Ce sont pour lui de véritables charges (2).

Entre les legs et le fidéicommis il y a trois différences essentielles : 1° le legs est toujours conçu, à l'exemple de l'institution d'héritier, en une formule impérative qui imite le style des lois : d'où les mots *legare*, *legatum*. Le fidéicommis, au contraire, est conçu en forme de prière; aussi verra-t-on (n° 404) que pendant longtemps il ne fut garanti que par la probité et l'honneur du grevé, et de là les expressions *fideicommittere*, *fideicommissum* (Ulp., XXIV § 1; XXV § 1); 2° dans le droit primitif, le legs devait être fait par testament, et telle est encore la règle posée aux Institutes (§ 10, *De fid. hered.*, II, 23). Cependant, dès l'époque classique on avait admis la validité des legs laissés par codicilles confirmés. Quant aux fidéicommis, ils peuvent être contenus dans un acte de dernière volonté quelconque, même dans des codicilles non confirmés (Gaius, II, § 270); 3° le legs ne peut être laissé qu'à la charge, soit de tous les institués, soit de l'un ou de quelques-uns d'entre eux (3). Le fidéicommis, au contraire, est valablement imposé à toute personne qui reçoit quelque chose du testateur par acte de dernière volonté, par conséquent même à un légataire ou à un autre fidéicommissaire; il peut aussi être mis à la charge de l'héritier légitime, que l'on considère comme tenant du disposant la vocation héréditaire que celui-ci lui a laissée, pouvant la lui retirer (Gaius, II, §§ 270 et 271 — L. 8 § 1, *De jur. cod.*, XXIX, 7).

des fidéicommis; quant aux legs, elle n'est vraie que sous la réserve d'une exception relative au legs partiaire (Gaius, II, § 97.— Inst., § 6, *Per quas pers. nob. acq.*, II, 9).

(1) Évitons ici une équivoque. Le légataire et le fidéicommissaire reçoivent et ne donnent rien; c'est en ce sens qu'ils recueillent à titre gratuit. Mais, à raison de l'insolvabilité du défunt, ils peuvent, comme l'institué, subir une perte; c'est ce qui arrive lorsque la disposition est à titre universel. Que si elle est à titre particulier, leur bénéfice peut bien s'évanouir faute d'actif, mais la disposition elle-même n'a jamais pour effet direct de les appauvrir. Toutefois il y a deux cas où ce résultat se produit comme conséquence de règles spéciales (n°s 370 et 401).

(2) Les affranchissements testamentaires ne doivent pas être comptés comme une troisième sorte de charge, puisqu'ils rentrent toujours ou dans les legs ou dans les fidéicommis (n° 56).

(3) C'est pourquoi Florentinus (L. 116 pr., *De leg.* 1°, XXX) appelle le legs *delibatio hereditatis*, c'est-à-dire bénéfice prélevé sur celui de l'héritier. Il faut remarquer dans les textes l'expression *legare ab aliquo* (mettre un legs à la charge de quelqu'un).

A côté de ces différences, il faut relever certains traits généraux qui sont communs au legs et au fidéicommis : 1° l'un et l'autre, étant des libéralités de dernière volonté, demeurent inefficaces et révocables jusqu'à la mort du disposant (n° 399); 2° l'un et l'autre dépendent essentiellement de l'institution. De même donc que la nullité originaire de l'institution les empêche de prendre existence (n° 318), de même aussi deviennent-ils inefficaces quand l'institué, pour un motif quelconque, ne peut ou ne veut faire adition (Inst., § 2, *De leg. Falc.*, II, 22. — L. 3 pr., *De pign. et hyp.*, XX, 1); 3° l'un et l'autre n'ont d'effet que par l'acceptation du destinataire, et cette acceptation ne peut pas être partielle (L. 38 pr.; L. 81 § 1, *De leg.* 1°, XXX) (1); 4° l'un et l'autre, à la différence des dettes héréditaires, ne lient l'institué ou tout autre grevé que jusqu'à concurrence de l'actif net qu'il a recueilli du défunt, d'où cette conséquence que les créanciers de l'hérédité peuvent opposer un droit de préférence aux légataires et aux fidéicommissaires (Gaius, II, § 261. — L. 11 § 5; L. 66 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2. — L. 7, *De conf.*, XLII, 2. — L. 6 pr., *De sep.*, XLII, 6).

Je conclus par ces deux définitions : 1° le legs est une libéralité de dernière volonté laissée en forme impérative, par testament ou par codicille confirmé, et mise à la charge d'un ou de plusieurs institués; 2° le fidéicommis est une libéralité de dernière volonté laissée en forme de prière, par testament ou par codicille quelconque, et mise à la charge ou d'un institué ou d'une autre personne gratifiée *mortis causa*.

Que si Justinien ne prend pas la peine de définir le fidéicommis, et s'il se borne à dire du legs que c'est une donation laissée par un défunt (§ 1 *sup.*), cela tient sans doute à ce qu'il a fondu ensemble les legs et les fidéicommis, de telle sorte que dans sa législation il n'y a plus à rechercher ni quelle est la forme de la disposition, ni dans quel acte de dernière volonté elle est contenue, ni enfin quelle est parmi les personnes qui reçoivent quelque chose du défunt celle à qui elle est imposée (§ 3 *sup.*). Néanmoins, comme le remarque Justinien lui-même (§ 3 *sup.*), il convient d'exposer distinctement les règles des legs et les règles des fidéicommis; cela convient non-seulement pour saisir dans tous ses détails la portée de la fusion opérée par ce prince, mais bien plus encore pour avoir une idée exacte du droit romain tel qu'il fut à sa plus belle époque.

(1) Toutefois il résulte du premier texte cité que le droit au legs se divise entre les héritiers d'un légataire qui est mort sans avoir pris parti.

DES LEGS.

SOMMAIRE : I. Des quatre espèces de legs reconnues dans le droit classique. De leur réduction à une seule par Justinien. — II. Théorie du *dies cedens*. — III. De la forme, de la place, des modalités et du motif des legs. — IV. Des personnes à qui l'on peut léguer. — V. Des choses qui peuvent être léguées. — VI. De la règle catonienne. — VII. Du droit d'accroissement. — VIII. De la révocation et de l'extinction des legs. — IX. De la loi Falcidia. — X. Comparaison des legs et des donations *mortis causa*.

I. — DES QUATRE ESPÈCES DE LEGS RECONNUES PAR LE DROIT CLASSIQUE. — DE LEUR RÉDUCTION A UNE SEULE PAR JUSTINIEN.

Lib. II, tit. XX, *De legatis*, § 2. — Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor : per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem : et certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum principum solemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit ut omnibus legatis una sit natura, et quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

Mais autrefois les legs se faisaient de quatre manières, *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per præceptionem*, et pour chaque espèce il y avait des paroles déterminées qui permettaient de la reconnaître. Mais par les constitutions des divins princes, les solennités de paroles ont été pleinement supprimées. Puis notre constitution, faite avec beaucoup de travail, dans le désir d'assurer les volontés des défunts et de donner de l'importance aux intentions plutôt qu'aux mots, a disposé que tous les legs auront désormais une seule et même nature, et qu'en quelques termes que la libéralité ait été laissée, les légataires pourront en poursuivre l'exécution non-seulement par des actions personnelles, mais aussi par l'action réelle et par l'action hypothécaire. En lisant le texte de cette constitution, on pourra en connaître pleinement la sagesse.

379. Les Romains, partant de cette idée simple que le langage est le signe de la pensée, de plus présumant que le testateur choisit ses expressions avec pleine conscience de leur valeur, rangent toutes les formules possibles de legs en quatre catégories dont chacune corres-

pond à une classe de legs qui a sa nature propre et ses effets spéciaux. C'est ainsi qu'ils arrivent à reconnaître des legs *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, et *per præceptionem* (§ 2 *sup.* — Ulp., XXIV §§ 3 à 6).

Du legs *per vindicationem*. — Ce legs est conçu dans l'une des formules suivantes : *Lucio Titio Stichum do lego; Lucius Titius Stichum sibi habeto, capito, sumito* (Gaius, II, § 193). Toutes ces formules indiquent nettement que la propriété de la chose léguée doit passer *recta via* du patrimoine du testateur dans le patrimoine du légataire sans entrer même un instant dans celui de l'héritier (L. 80, *De leg.* 2°, XXXI. — L. 64, *De furt.*, XLVII, 2). Le légataire est donc investi, soit contre l'héritier, soit contre tout autre détenteur, de l'action en revendication, et de là le nom de cette espèce de legs (Gaius, II, § 194).

A raison même de l'effet qu'il est destiné à produire, le legs *per vindicationem* ne vaut jamais qu'autant que le testateur est mort ayant la propriété quiritaire de la chose léguée. Cela suffit lorsque le legs porte sur une somme d'argent ou sur d'autres choses qui s'apprécient au compte, au poids ou à la mesure. Mais s'il a pour objet un corps certain, on exige de plus que la propriété quiritaire ait appartenu au testateur dès le moment de la confection du testament (Gaius, II, § 196), et en cela on ne fait qu'appliquer le principe général d'après lequel les dispositions testamentaires s'apprécient comme si elles devaient avoir leur effet au jour même où elles sont écrites (1). De ces règles il ressort que le legs *per vindicationem* ne peut avoir pour objet ni une *res aliena*, ni une chose qui est seulement *in bonis testatoris*, ni un fonds provincial, ni une créance, ni un droit réel qui ne serait reconnu ou constitué que *jure prætorio*.

Pour préciser à quel moment le legs *per vindicationem* produit son effet, il importe de distinguer s'il est pur et simple ou conditionnel. Dans l'une et l'autre hypothèse, une dissidence grave éclate entre les écoles proculienne et sabinienne (Gaius, II, §§ 195 et 200).

Soit d'abord un legs pur et simple. — D'après les proculiens, la chose reste *nullius* tant que le légataire n'a pas pris parti, et aucun effet rétroactif n'est attaché ni à son acceptation ni à sa répudiation (2).

(1) Du reste, pour que le legs conserve sa validité *ipso jure*, il n'est pas nécessaire que la chose ait continué d'appartenir au testateur pendant tout l'intervalle écoulé entre la confection du testament et son décès (Gaius, II, § ~~198~~). 196.

(2) Cette doctrine s'accordait mal avec la règle *hereditas personam sustinet*. Il

Les sabiniens, au contraire, et leur opinion triompha certainement, estiment que la chose lui appartient, même à son insu, du moment où l'effet du legs est assuré, c'est-à-dire du moment de l'adition, de telle sorte que son acceptation ultérieure ne fait que confirmer un droit déjà acquis; mais sa répudiation a pour effet de le dépouiller rétroactivement et de faire réputer l'héritier propriétaire à compter du jour de l'adition. En réalité donc, dans la doctrine sabinienne, la propriété de la chose demeure *in pendenti* pendant tout l'intervalle qui s'écoule entre l'adition d'hérédité et le jour où le légataire se prononce (1). Que cette seconde doctrine ait prévalu (2), c'est ce que prouvent notamment les décisions suivantes : 1° la répudiation du légataire confirme les actes de disposition antérieurement faits par l'héritier à l'égard de la chose léguée (L. 8, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 15, *De reb. dub.*, XXXIV, 5. — L. 2, *De manum.*, XL, 1). Dans le système proculien, ces actes devaient rester nuls comme faits par un individu sans droit; 2° les acquisitions que l'esclave légué a réalisées depuis l'adition appartiennent au légataire en cas d'acceptation, à l'héritier en cas de répudiation (L. 86 § 2, *De leg.* 1°, XXX). Or évidemment dans l'opinion proculienne, cet esclave, étant sans maître, ne pourrait acquérir pour personne; 3° le légataire, ignorant encore son droit, lègue lui-même *per vindicationem* la chose qui lui a été léguée. Ce legs, que les proculiens devaient déclarer nul comme fait *a non domino*, est validé par l'acceptation ultérieure du légataire (L. 44 § 1, *De leg.* 1°, XXX); 4° le legs ayant pour objet une servitude prédiale au profit du fonds du légataire, et celui-ci aliénant son fonds avant de connaître son droit, la servitude se trouve transmise à l'acquéreur et la répudiation du legs devient impossible (L. 19 § 1, *Quem. serv. amitt.*, VIII, 6). Les pro-

était bizarre que l'adition d'hérédité rendît *res nullius* une chose à laquelle elle enlevait ce caractère pour l'époque où l'hérédité avait été jacente.

(1) Il ressort d'un texte d'Ulpien (L. 13 § 3, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2) que le légataire n'est pas réputé avoir été propriétaire de la chose si elle a déjà péri au moment de son acceptation. Mais sans doute en pareil cas il peut exiger que l'héritier lui cède les actions auxquelles cette perte a pu donner naissance.

(2) Cependant, d'après Gaius (II, § 195), ce serait l'opinion proculienne qui aurait triomphé. Il se fonde sur un rescrit d'Antonin le Pieux rendu dans l'hypothèse d'un legs fait à une colonie. Le rescrit porte que les décurions doivent délibérer s'ils veulent accepter ou répudier le legs, comme s'il était fait à un individu. Mais Gaius, évidemment, se méprend : le vrai sens du rescrit est que la disposition vaut, quoique faite à une colonie, personne incertaine; en effet, les sabiniens admettaient, aussi bien que les proculiens, le droit de répudiation pour le légataire, et ce n'est pas sur ce point qu'une difficulté pouvait s'élever (L. 80, *De leg.* 2°, XXXI).

culiens, au contraire, devaient enseigner que l'aliénation du fonds avait lieu *sine servitute* et rendait l'acceptation du legs impossible (1).

A. Soit maintenant un legs conditionnel. — S'il s'agit d'un legs de liberté, tous les jurisconsultes s'accordent à reconnaître que, *pendente conditione*, l'esclave (appelé *statuliber*) est la propriété de l'héritier (Gaius, II, § 200. — n° 56 *in fine*) (2). Les sabiniens, généralisant cette décision, admettent que, dans tous les cas, la chose léguée appartient provisoirement à l'héritier et qu'elle ne passe dans le patrimoine du légataire que par l'événement de la condition et sans effet rétroactif (3). Les proculiens, au contraire, considèrent la chose comme *res nullius*, en attendant l'événement ou la défaillance de la condition : alors seulement, mais sans effet rétroactif, la chose devient la propriété ou du légataire ou de l'héritier. Sans aucun doute, c'est encore l'opinion sabinienne qui prévalut ici, et voici quelques-unes des décisions qu'elle engendre : 1° tant que la condition demeure en suspens, l'héritier peut revendiquer la chose léguée et a droit aux fruits (L. 66, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 32 § 1, *De leg.* 2°, XXXI); 2° il peut aussi aliéner ou hypothéquer (L. 13 § 1., *De pign. et hyp.*, XX, 1) (4) ; mais les droits qu'il confère à des tiers se résolvent nécessairement par la résolution du sien (L. 11 § 1, *Quem. serv. amitt.*, VIII, 6); 3° s'il

(1) Les deux doctrines se rencontraient certainement sur les deux points suivants : 1° en principe, le légataire qui répudie n'aliène pas; il manque plutôt à acquérir. D'où l'on conclut que sa répudiation prévient l'extinction des servitudes établies entre son propre fonds et le fonds légué (L. 38 § 1, *De leg.* 1°, XXX), et qu'en aucun cas elle ne donne lieu ni à l'action paulienne ni à l'action favienne (L. 8 § 4, *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8). Par une suite de la même idée n'aurait-on pas pu décider que le legs immobilier laissé à un pupille ou à un mineur de 25 ans pouvait être répudié sans décret du magistrat? D'autres motifs sans doute s'opposèrent à cette décision (L. 5 § 8, *De reb. eor. qui*, XXVII, 9); 2° quand le legs est accepté, la propriété de la chose est réputée n'avoir jamais résidé sur la tête de l'héritier, d'où il suit qu'ayant été, avant l'adition, victime d'un vol commis par l'esclave légué, il peut exercer l'action *furti* contre le légataire (L. 64, *De furt.*, XLVII, 2). J'en conclus aussi que les servitudes dues par le fonds légué au fonds de l'héritier ou par le fonds de l'héritier au fonds légué n'ont pas pu s'éteindre.

(2) Si en effet cet esclave eût été provisoirement traité comme *res nullius*, il aurait pu facilement s'enfuir, et plus tard, la condition venant à défaillir, l'héritier aurait été frustré.

(3) La rétroactivité n'est certainement pas admise à l'égard du *statuliber* (L. 1, C., *An serv. ex suo fact.*, IV, 14); et cela nous suffirait pour conclure qu'elle ne l'est pas non plus en faveur du légataire. Mais cette conclusion est confirmée par des textes formels (L. 1 § 4, *De sct. Silan.*, XXIX, 5. — L. 17, *Quib. mod. usuf. amitt.*, VII, 4).

(4) Toutefois l'héritier ne peut pas faire les actes qui de leur nature sont irrévocables, notamment affranchir un esclave ou transformer un terrain en *res religiosa*

y a plusieurs héritiers, la chose est comprise dans l'action *familiæ erciscundæ* et peut faire l'objet d'une adjudication, mais cela sans que les droits du légataire en soient compromis (L. § 12 2, *Fam. ercisc.*, X, 2) (1).

Du legs *per damnationem*. — La principale et la plus ancienne formule de ce legs, celle d'où son nom dérive, est conçue à l'image d'une condamnation : *Heres meus damnas esto dare, facere.* Plus tard on admit aussi les formules suivantes : *Heres meus dato, facito; Heredem meum dare, facere jubeo* (Gaius, II, § 201. — Ulp., XXIV § 4). Toutes présentent un caractère commun : elles dénotent que le testateur n'a pas entendu faire entrer directement un droit réel dans le patrimoine du légataire, mais seulement lui assurer une créance contre l'héritier, créance dont il est investi au moment même de l'adition, si le legs est pur et simple, et, s'il est conditionnel, au jour seulement où la condition s'accomplit. Pour obtenir le transport de propriété ou le fait qui lui est dû, le légataire est investi d'une action appelée *ex testamento*, action personnelle rentrant dans la classe des *condictiones* et fondée sur ce que l'héritier est obligé envers lui *ad dandum* ou *ad faciendum* (Gaius, II, §§ 204 et 213). De la nature de ce legs, le plus large de tous, on conclut qu'il peut avoir pour objet toutes les choses qu'on lègue valablement, même la chose d'autrui ou une chose future, même un simple fait (Gaius, II, §§ 202 et 203). Aussi l'appelle-t-on *optimum jus legati* (Gaius, II, § 197 *in fine*. — Ulp., XXIV § 11[a]).

Du legs *sinendi modo*. — Ce legs est ainsi conçu : *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere* (Gaius, II, § 209). De cette formule qui, prise à la lettre, n'imposerait à l'héritier qu'un rôle passif, il suit que le légataire peut ici, ce que ne lui permettrait pas le legs *per damnationem*, se mettre lui-même en possession et usucaper indépendamment de toute tradition (page 555, note 2). Mais ce fut une question controversée que de savoir si l'héritier était seulement tenu de n'apporter aucun obstacle à l'entrée en possession du légataire, ou si celui-ci pouvait par l'action *ex testa-*

(L. 11, *De manum.*, XL, 1. — L. 29 § 1, *Qui et a quib. manum.*, XL, 9. — L. 34, *De relig.*, XI, 7). Du moins, l'effet de ces actes ne se produit qu'autant que le légataire répudie et seulement au moment de sa répudiation (*Fr. Vat.*, § 84. — L. 31, *De test. mil.*, XXIX, 1).

(1) Justinien, sans admettre que *pendente conditione* la chose serait traitée comme *res nullius*, décida que la condition une fois accomplie rétroagirait, en ce sens que les aliénations consenties par l'héritier seraient réputées nulles *ab initio* et impuissantes à fonder une usucapion (L. 3 § 3, C., *Comm. de leg.*, VI, 43).

mento exiger une translation de propriété, comme l'exige un légataire *per damnationem.* C'est cette seconde opinion qui prévalait au temps de Gaius, et qui sans doute prévalut d'une manière définitive, comme étant tout ensemble plus pratique et mieux d'accord avec les conséquences déduites du sénatus-consulte néronien (Gaius, II, §§ 213 et 214. — N° 380) (1). L'obligation de laisser prendre n'étant intelligible qu'à l'égard des choses qui sont dans le patrimoine du débiteur, le legs *sinendi modo* dut être à la fois plus large que le legs *per vindicationem* et moins large que le legs *per damnationem :* et en effet, d'une part, il n'est pas nécessaire que le testateur ait jamais eu la propriété quiritaire ou bonitaire; tout fonds provincial dont il a la possession légitime, tout bien appartenant à l'héritier au jour de l'ouverture de l'hérédité, ont pu faire l'objet d'un legs *sinendi modo;* d'autre part, ce legs est nul, si au jour du décès du testateur la chose n'appartient pas d'une manière quelconque ou à lui-même ou à l'héritier grevé (Gaius, II, §§ 210 et 211).

Du legs *per præceptionem* (2). — *Lucius Titius hominem Stichum præcipito,* telle est la formule de ce legs (Gaius, II, § 216). Mais les deux écoles ne comprenaient pas cette formule de la même manière.

Les sabiniens, s'attachant à la signification propre du mot *præcipere,* qui indique un prélèvement à faire par un copartageant sur une chose commune, aboutissaient aux déductions suivantes : 1° ce legs suppose essentiellement plusieurs héritiers institués et ne peut être fait qu'à l'un d'eux ; 2° il ne peut avoir pour objet qu'une chose appartenant à l'hérédité, soit que le testateur en fût propriétaire *ex jure Quiritium* ou qu'il l'eût seulement *in bonis* (3) ; 3° propriétaire, à titre d'héritier, d'une part dans la chose léguée, le légataire ne peut obtenir les parts de ses cohéritiers que par voie d'adjudication. Ceux-ci sont donc considérés comme tenus envers lui d'une de ces obligations qui ont leur

(1) Cette doctrine une fois admise, le legs *sinendi modo,* qui certainement n'avait jamais eu les mêmes raisons d'être que les trois autres, dut devenir de moins en moins usité.

(2) On l'appelle aussi *prælegatum.*

(3) Par exception, les sabiniens admettent que le legs *per præceptionem* peut avoir pour objet une chose que le testateur a aliénée *fiduciæ causa* à un créancier. Dans ce cas, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit veiller à ce que chaque cohéritier la dégage pour sa part (Gaius, II, § 220). Il va de soi que le créancier qui a reçu l'aliénation fiduciaire peut aussi et à plus forte raison léguer la chose à l'un de ses héritiers. Mais alors l'héritier légataire reste, comme ses cohéritiers, tenu de l'action *fiduciæ directa* envers le débiteur (Paul, II, 13 § 6).

cause dans l'indivision et que le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit faire exécuter (Gaius, II, §§ 217, 219 et 220).

Tout au contraire, les proculiens, prenant le mot *præcipere* pour synonyme de *capere*, tendent à assimiler le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem*. En ce sens, ils décident : 1° qu'il peut être fait à un étranger aussi bien qu'à l'un de plusieurs cohéritiers; 2° qu'en principe il ne peut avoir pour objet qu'une chose dont le testateur était propriétaire quiritaire au jour de sa mort; 3° qu'il donne lieu à la revendication. — Toutefois les proculiens s'écartent des règles du legs *per vindicationem* à un double point de vue : ils ne paraissent pas exiger que le testateur fût propriétaire dès le jour où il disposait, et ils admettent que, s'il meurt ayant seulement la chose *in bonis*, il a pu la léguer *per præceptionem* à l'un de ses héritiers, celui-ci trouvant en ce cas dans l'action *familiæ erciscundæ* un moyen d'obtenir l'exécution du legs. Gaius constate qu'un rescrit d'Adrien avait consacré la doctrine proculienne (Gaius, II, §§ 221 et 222); et son triomphe définitif paraît bien ressortir aussi d'un autre texte (L. 12, C., *De leg.*, VI, 37), où il est dit que l'héritier, quoique renonçant, peut revendiquer la chose léguée *per præceptionem*, ce qu'évidemment les sabiniens ne devaient pas lui permettre.

380. Cette théorie des legs, chef-d'œuvre de logique et d'analyse, n'était pas sans quelque exagération de roideur, en ce que le testateur, se trompant de formule, était exposé à faire un legs nul. De là le sénatus-consulte néronien décidant que tout legs, nul à raison seulement de l'impropriété de la formule, vaudrait désormais comme legs *per damnationem* (Ulp., XXIV § 11[a]). Sont ainsi validés : 1° le legs *per vindicationem* ayant pour objet soit la chose d'autrui, soit celle que le testateur avait seulement *in bonis* ou dont il n'a pas eu la propriété quiritaire aux deux moments voulus (Gaius, II, § 197); 2° le legs *sinendi modo* portant sur une chose qui au jour du décès n'appartient ni à l'hérédité ni à l'héritier (Gaius, II, § 212); 3° dans l'opinion sabinienne, le legs *per præceptionem* fait à un *extraneus* (Gaius, II, § 218) (1); 4° dans l'opinion des deux écoles, tout legs *per præcep-*

(1) D'après ce texte, Cælius Sabinus n'admettait pas qu'un tel legs fût validé par le sénatus-consulte néronien. Sans doute, il voyait là une nullité fondée sur l'incapacité du légataire, et il est certain que le sénatus-consulte n'efface pas plus une nullité de cette espèce que celle qui tiendrait à ce que la chose ne peut absolument pas être léguée (Gaius, II, § 218). Mais d'autres jurisconsultes, et notamment Julien, faisaient remarquer avec raison que la nullité ne résultait ici que de l'impro-

tionem ayant pour objet autre chose qu'une *res hereditaria*, et d'après les proculiens, le legs *per præceptionem* d'une *res in bonis*, lorsqu'il est fait à un étranger (Gaius, II, §§ 220 et 222).

A. Du sénatus-consulte néronien la jurisprudence tira une conséquence remarquable, c'est que le légataire, pouvant considérer comme fait *per damnationem* et comme valable à ce titre tout legs qui n'était nul que pour avoir été conçu dans une autre formule, devait à plus forte raison être autorisé à transformer en legs *per damnationem* tout autre legs valable, et notamment, en cas de legs *per vindicationem*, à exercer, s'il y trouvait quelque avantage (1), l'action personnelle au lieu de la *rei vindicatio* (L. 84 § 13; L. 85; L. 108 § 2, *De leg.* 1°, XXX. — L. 76 § 8, *De leg.* 2°, XXXI) (2).

Plus tard, sans abroger l'ancienne classification des legs, une constitution des fils de Constantin, rendue en l'année 339, et à laquelle Justinien fait allusion (§ 2 *sup.*), supprima toutes les formules solennelles, de sorte que, désormais, pour déterminer dans chaque espèce le caractère et les effets d'un legs, il fallut examiner l'intention du testateur sans s'attacher aux paroles employées, ou du moins sans y chercher autre chose qu'une indication non décisive (L. 21, C., *De leg.*, VI, 37). Dès lors cette classification perdait la base sur laquelle elle avait été si ingénieusement construite, et il ne restait qu'à la supprimer. Ce fut l'œuvre de Justinien.

Ce prince, par une constitution célèbre (L. 1, C., *Comm. de leg.*, VI, 43. — § 2 *sup.*), ramena tous les legs à une seule classe, et permit au légataire de choisir entre trois actions, savoir : la *rei vindicatio*, l'action personnelle *ex testamento*, et l'action hypothécaire ou quasi servienne, ce qui revient à considérer le légataire comme investi à la

priété de la formule, puisque sans aucun doute un *extraneus* est valablement appelé à un legs qui n'est pas fait *per præceptionem*.

(1) Il pouvait y trouver l'avantage d'une condamnation au double en cas d'*infitiatio* (n° 410). Mais très-certainement cette transformation n'ajoutait rien à l'étendue régulière du legs. Par exemple, si l'on suppose un legs *per vindicationem* fait *disjunctim* à deux personnes, les deux légataires ne pouvaient pas, en optant pour l'action *ex testamento*, obtenir l'un la chose entière, l'autre le prix total de la chose (n° 395). De même si, le legs étant fait *conjunctim*, l'un des légataires avait agi *ex testamento* et obtenu l'estimation de sa part, l'autre n'était pas pour cela fondé à demander la chose entière en vertu du droit d'accroissement (L. 85, *De leg.* 1°, XXX).

(2) J'explique par cette même idée l'apparition et le triomphe de la doctrine qui permettait au légataire *sinendi modo* d'exiger de l'héritier une translation de propriété (n° 379)

fois d'un droit de propriété, d'une créance et d'une hypothèque tacite.

En consacrant d'une manière aussi générale que possible le droit de revendication du légataire, Justinien se montre novateur raisonnable : il réalise d'une manière directe et plus sûre le but final du testateur qui est toujours d'assurer la propriété au légataire, et il permet à celui-ci d'échapper au concours des créanciers de l'héritier sans avoir besoin de recourir à la *bonorum separatio*. Toutefois, par la force des choses, plus puissante que la volonté impériale, l'action personnelle reste seule possible lorsque le legs a pour objet : 1° un fait; 2° une libération; 3° une créance; 4° une *res aliena;* 5° des choses qui se pèsent, qui se comptent ou se mesurent, et que l'espèce de choses désignée manque dans la succession.

Quant à la généralisation de l'action personnelle, il n'y faut voir que le développement logique de la jurisprudence déjà déduite du sénatus-consulte néronien. Autrefois cependant, le seul légataire *per vindicationem* pouvait à son gré se dire ou propriétaire ou créancier : désormais, et en cela gît l'innovation, cette faculté appartient au légataire, quelle que soit la forme du legs; et le choix qu'il fait n'a même rien de définitif, de sorte que Justinien déroge très-manifestement à la règle d'après laquelle un propriétaire ne peut pas *condicere rem suam* (Gaius, IV, § 4. — Inst., § 14, *De act.*, IV, 6). Mais à quoi bon, dira-t-on, cette action personnelle dans les cas où le legs transfère la propriété (1)? Je réponds que, voulant accorder au légataire la garantie d'une hypothèque tacite, Justinien devait nécessairement le tenir pour créancier, car l'hypothèque, à l'appui et comme accessoire d'un droit de propriété, serait chose inconcevable (2).

Quant à cette hypothèque elle-même, Justinien la fonde sur une présomption de volonté du testateur : celui-ci aurait pu, sans aucun doute, garantir le legs par une concession expresse d'hypothèque sur ses biens, il est réputé avoir sous-entendu cette concession. Dans le droit ancien déjà le légataire pouvait, grâce à la *bonorum separatio*, s'assurer un droit de préférence contre les créanciers de l'héritier (page 886, note 1); désormais il jouit de plein droit de tous les avantages atta-

(1) Sous Justinien cette action n'entraîne plus que dans un cas tout exceptionnel l'avantage précédemment signalé (page 960, note 1. — N° 659 *in fine*).

(2) On pourrait ajouter que le légataire agissant par action personnelle ne sera pas tenu de prouver le droit de propriété du défunt. Mais ce n'est pas là un avantage bien sérieux; car, à défaut de cette preuve, il devra établir, ce qui n'est pas toujours facile, que le testateur savait n'être pas propriétaire (n° 388).

chés à l'hypothèque, et notamment du droit de suite : de plus, sa sûreté échappe aux causes spéciales d'extinction qui atteignent le bénéfice de la *bonorum separatio*. En général, l'hypothèque sera médiocrement utile au légataire, puisque la *rei vindicatio* lui permet d'arriver plus droit à son but : néanmoins, elle lui offre un incontestable avantage, elle est vraiment nécessaire, lorsque la *rei vindicatio* est impossible à raison de l'objet même du legs, ou lorsque, par une cause imputable à l'héritier, la chose a péri ou éprouvé des détériorations. Cette hypothèque ne frappe jamais que sur les biens héréditaires, non sur les biens personnels de l'héritier ; et Justinien exprime d'une manière formelle que, s'il y a plusieurs institués, chacun n'est tenu hypothécairement que dans la mesure pour laquelle il est personnellement obligé au legs, c'est-à-dire, en général, pour sa part héréditaire (L. 33 *pr.*, *De leg.* 2°). Mais il résulte du caractère translatif du partage, combiné avec le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque (n° 287), que cette dernière décision cesse d'être vraie à compter du partage. Quelle est, en effet, la position de l'héritier que le partage a rendu propriétaire exclusif d'un objet héréditaire? Pour la part qui lui appartenait dans cet objet, en sa qualité d'héritier, il demeure tenu hypothécairement jusqu'à concurrence de la fraction du legs qui est à sa charge personnelle ; mais la part qu'il acquiert comme copartageant du chef de son cohéritier ne lui arrive qu'hypothéquée à la fraction de la dette dont celui-ci était personnellement tenu. La vérité est donc qu'après le partage chaque cohéritier détenteur d'un bien de la succession peut être poursuivi hypothécairement sur ce bien jusqu'à concurrence de la totalité du legs, et cela n'a rien d'inique, car les cohéritiers ont pu ou payer le légataire avant de procéder au partage, ou se fournir des sûretés réciproques (1).

II. — THÉORIE DU *Dies cedens* OU DE LA *Diei cessio* (2).

381. La langue juridique établit une antithèse entre les expressions

(1) En supposant que le legs n'ait pas été mis à la charge de tous les héritiers, l'hypothèque ne porte que sur la part du grevé. Mais après le partage, les principes veulent que chaque cohéritier soit tenu hypothécairement jusqu'à concurrence de la part indivise pour laquelle il est l'ayant cause et le successeur du grevé.

(2) L'expression *diei cessio* se trouve dans un texte d'Ulpien (L. 7 pr., *Quand. dies leg.*) La théorie que je vais exposer s'applique aussi aux fidéicommis, comme le prouve la rubrique des titres spéciaux à la matière (D., XXXVI, 2. — C., VI, 53).

dies cedit (le terme s'avance) et *dies venit* (le terme est venu). Quand il s'agit d'obligations contractées entre-vifs, *dies cedit* signifie que le droit a une existence certaine; *dies venit*, qu'il est exigible (L. 213, *De verb. sign.*, L, 16). En matière de legs, cette seconde expression, d'ailleurs peu usitée, conserve absolument son sens et sa portée ordinaires; mais il en est tout autrement de la première : *dies legati cedit* ne signifie pas et ne peut pas signifier que le droit au legs ait dès à présent une existence certaine, puisque, comme on le verra bientôt, la *diei cessio* se place presque toujours au décès du testateur, et qu'à ce moment l'effet du legs reste encore subordonné à cette condition que l'héritier institué puisse et veuille faire adition. L'expression *dies legati cedit* ne marque donc que la fixation éventuelle du droit.

La détermination exacte du moment où s'opère la *diei cessio* importe à quatre points de vue : 1° pour que le legs produise son effet, il faut absolument qu'au jour du *dies cedens* le légataire vive et ait conservé la *factio testamenti* (L. 5 pr., *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2) (1); 2° vivant et capable au jour du *dies cedens*, le légataire qui mourrait ensuite, même avant l'adition, transmettrait son droit à ses héritiers ou autres successeurs universels (Ulp., XXIV § 30. — L. 5 pr., *Quand. dies leg.*), et c'est là, sans aucun doute, l'effet le plus important de la *diei cessio;* 3° si au jour du *dies cedens* le légataire se trouve sous la puissance d'autrui à un titre quelconque, c'est au profit de la personne alors investie de la puissance que le droit se fixe; c'est donc elle ou ses héritiers qui recueillent, encore qu'au jour de l'échéance le légataire soit devenu *sui juris* ou ait passé sous la puissance d'un tiers; et réciproquement, lorsque le légataire qui était *alieni juris* au jour de la confection du testament est *sui juris* au moment du *dies cedens*, cela suffit pour que le droit se fixe à son profit (Ulp., XXIV § 23. — L. 5 § 7, *Quand. dies leg.*) (2); 4° c'est au jour de la *diei cessio* qu'il faut se placer pour savoir si le legs a encore un objet et quelle est l'étendue de cet objet. Comprend-il, par exemple, une chose principale et une chose accessoire : si la chose principale périt avant le *dies cedens*, le legs disparaît faute d'objet (Inst., § 17, *De leg.*, II, 20). Porte-t-il sur une *universitas* susceptible d'augmenta-

(1) On a déjà vu (page 444, note 1), que les legs faits au prince sont affranchis de cette règle.

(2) Mais cela ne veut pas dire qu'il le recueillera toujours pour son propre compte; si en effet il tombe *in potestatem* avant l'adition ou simplement avant l'acquittement du legs, son droit passe nécessairement avec tous ses biens à la personne sous la puissance de laquelle il tombe (L. 14 § 3, *Quand. dies leg.*).

tion ou de diminution, par exemple sur un troupeau ou sur un pécule : le droit du légataire se détermine d'après l'état et la consistance de l'*universitas* au jour du *dies cedens* (Inst., § 20, *De leg.*,)

382. Quand il s'agit de préciser le moment de la *diei cessio*, les Romains distinguent entre les legs purs et simples ou à terme d'une part, et d'autre part les legs conditionnels (Ulp., XXIV § 31). D'après le droit primitif, le *dies cedens* du legs pur et simple ou à terme se plaçait, en principe, à l'instant même du décès du testateur : décision fondée sans aucun doute sur la nécessité de rendre le droit du légataire indépendant, soit des obstacles de fait ou de droit qui peuvent momentanément empêcher l'adition, soit des négligences ou des calculs qui prolongeraient la délibération de l'héritier. Mais par une disposition de la loi Papia Poppæa ou des sénatus-consultes qui la complétèrent, il fut reculé au moment de l'*apertura tabularum* (1), de sorte que, si le légataire qui avait survécu au testateur venait à mourir avant l'ouverture du testament, le legs, au lieu de passer à ses héritiers, se trouvait dévolu aux *patres* ou au trésor public à titre de *caducum*. Cette législation fut abrogée, avec tout ce qui subsistait encore des lois caducaires, par Justinien qui revint purement et simplement à la règle ancienne (L. unic. § 1, C., *De cad. toll.*, VI, 51).

Quant au legs conditionnel, en supposant la condition encore pendante au jour du décès, le *dies cedens* ne peut avoir lieu qu'au jour où elle se réalise (2), règle très-rationnelle, puisqu'elle a pour résultat principal d'enlever aux héritiers du légataire mort *pendente conditione* l'espérance de recueillir une libéralité qui certainement ne leur était pas adressée (3). Mais cette règle ne s'applique qu'aux legs subordonnés à une condition expresse. Quant aux conditions *extrinsecus venientes*, c'est-à-dire à celles que le testateur a sous-entendues ou qui sont inhérentes à la nature même de la disposition, elles n'empêchent pas le legs d'être réputé pur et simple, au moins en ce qui concerne l'époque de la *diei cessio* (L. 1 § 3; L. 99, *De cond. et dem.*,

(1) Cette innovation ne s'applique-t-elle que dans le cas où il y a plusieurs institués? On l'a dit; mais Ulpien (XVII § 1) ne distingue pas.

(2) Donc le *dies cedens* et le *dies veniens* se confondent, lorsque la condition n'arrive qu'après l'adition.

(3) Voilà pourquoi, à la différence d'un stipulant, le légataire n'est pas qualifié créancier tant que la condition demeure en suspens (L. 42, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 41, *De cond. et dem.*, XXXV, 1). Cependant la *cautio legatorum* qu'on lui permet d'exiger prouve qu'on ne le confond pas absolument avec un individu sans droit (Inst., § 2, *De divis. stip.*, III, 18).

XXXV, 1). C'est ainsi que la disposition mise à la charge d'un héritier institué *sub conditione*, ou ayant pour objet soit la prochaine récolte d'un fonds, soit le part futur d'une femme esclave, a son *dies cedens* au jour même du décès (L 107, *De cond. et dem.*, XXXV, 1. — L. 25 § 1, *Quand. dies leg.*) (1). Dans ces hypothèses et autres semblables on dit qu'un retard est apporté à l'exécution de la libéralité, mais que l'existence n'en est pas suspendue (6 § 1, *Quand. dies leg.*).

Reste à signaler certains cas exceptionnels où, quoique le legs ne soit affecté d'aucune condition, le *dies cedens* est néanmoins reculé au delà du décès.

A. 1° Supposons que le défunt ait ou affranchi directement ou légué son esclave, et en même temps lui ait fait un legs. Si ce legs avait son *dies cedens* au jour du décès, il serait condamné à une nullité certaine, attendu que la personne appelée à le recueillir serait nécessairement l'héritier, qui pourtant ne peut pas tout ensemble être grevé d'une charge et en bénéficier. On recule donc le *dies cedens* au jour de l'adition, et comme à ce moment l'esclave cesse de plein droit d'appartenir à l'hérédité pour devenir libre ou pour passer dans un autre patrimoine, il en résulte que le droit au legs se fixe ou à son profit ou au profit de la personne à qui il a été lui-même légué (L. 7 § 6; LL. 8 et 17, *Quand. dies leg.* — Inst., § 20, *De leg.*).

2° Soit un legs d'usufruit. Le *dies cedens* est reporté, si le legs est pur et simple, au jour de l'adition; s'il est à terme, au jour de l'arrivée du terme (LL. 2 et 3; L. 5 § 1, *Quand. dies leg.* — *Fr. Vat.*, § 60). Cette doctrine, combattue par Labéon, est pourtant bien facile à justifier, si l'on se rappelle que le décès et la *capitis deminutio* de l'ayant droit éteignent aussi bien la simple créance d'usufruit que l'usufruit déjà constitué comme droit réel (n° 279 *in fine*). Cela étant, il est clair que, d'une part, l'application du principe général n'aurait jamais profité aux héritiers du légataire, à raison de l'intransmissibilité du droit légué (L. 3, *Quand. dies leg.*); et, d'autre part, qu'elle aurait pu nuire au légataire lui-même, car, venant à subir une *capitis deminutio* avant l'adition, il se fût trouvé irrévocablement déchu de son droit (2). Ce qui prouve bien l'influence déterminante de ce second motif, c'est l'usage très-ré-

(1) Le legs mis à la charge de la substitution pupillaire nous offre une autre application de la même idée (page 934, note 1).

(2) Si l'on suppose un légataire *alieni juris* au jour du décès, le recul du *dies cedens* lui donne une chance de recueillir le legs pour lui-même; car peut-être sera-t-il devenu *sui juris* au jour de l'adition ou à l'arrivée du terme.

pandu à Rome de léguer l'usufruit *in singulos dies, menses, annos*, de telle sorte que chaque jour, chaque mois ou chaque année marquait le point de départ d'un nouvel usufruit ayant son *dies cedens* distinct, et que le légataire subissant une *capitis deminutio* à une époque quelconque ne perdait que l'usufruit du jour, du mois ou de l'année courante, et, sous la seule condition d'être resté capable, en recommençait un autre le jour, le mois ou l'année suivante (L. 1 pr., *Quand. dies ususf.*, VII, 3. — L. 1 § 3, *Quib. mod. ususf. amitt.*, VII, 4. — LL. 10, 11 et 13 pr., *Quand. dies leg.*) (1). Les mêmes règles s'appliquent aux legs d'usage et même d'habitation, quoique l'habitation ne s'éteigne pas par la *capitis deminutio*.

A. 3° Soit un legs d'usufruit laissé à un esclave qui appartient à une hérédité encore jacente au jour où l'héritier grevé du legs fait adition. Si le *dies cedens* avait lieu à ce jour conformément à ce qui vient d'être dit, on aboutirait nécessairement à rendre le legs inefficace par application de cette idée arbitraire que la créance d'usufruit ne peut pas naître là où la constitution immédiate du droit réel d'usufruit n'est pas possible. Donc on recule le *dies cedens* jusqu'au jour où l'hérédité à laquelle appartient l'esclave légataire aura elle-même été acceptée, et alors le droit au legs se fixera au profit de l'héritier acceptant devenu maître de l'esclave (L. 1 § 2, *Quand. dies ususfr.*, VII, 3. — L. 16 § 1, *Quand. dies leg.*).

III. — DE LA FORME, DE LA PLACE, DES MODALITÉS ET DES MOTIFS DES LEGS.

Lib. II, tit. XX, *De legatis*, § 29. — Si quis in nomine, cognomine,

Si l'on s'est trompé sur le nom, le surnom ou le prénom du légataire,

(1) Quant au legs pur et simple, les textes expliquent la dérogation au droit commun par un autre motif : c'est que l'usufruit est attaché à une personne et qu'il ne peut être constitué là où il n'y a personne pour user et jouir (*Fr. Vat.*, § 60. — L. 9, *quand. dies leg.*). Au fond, la pensée de ces textes me paraît être qu'une créance ayant pour objet la constitution d'un droit d'usufruit ne se conçoit pas là où il n'y a personne qui puisse immédiatement devenir usufruitier, et c'est en vertu de ce principe que l'on refuse au *servus hereditarius* la capacité de stipuler un droit d'usufruit (*Fr. Vat.*, § 55. — N° 273). Quelque valeur qu'on attribue à ce motif, plus subtil que vraiment pratique, il est clair qu'à l'égard de l'usufruit légué à terme il n'explique pas le recul du *dies cedens* au jour de l'arrivée du terme. Car, une fois l'adition faite, si l'on admettait que le *dies cedens* a lieu, le légataire se trouverait dans la même situation que l'homme qui a stipulé un droit d'usufruit *ex die*. Or une telle stipulation est incontestablement valable.

prænomine legatarii erraverit, si de persona constat, nihilominus valet legatum; idemque in heredibus servatur, et recte : nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.

mais qu'il n'y ait pas de doute sur son individualité, le legs est néanmoins valable, et on observe la même règle à l'égard des héritiers, règle raisonnable : car les noms n'ayant été imaginés que pour désigner les hommes, si l'on arrive à les désigner d'une autre manière, cela suffit.

§ 30. — Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi, veluti si quis ita legaverit : *Stichum servum meum vernam do lego;* licet enim non verna, sed emptus sit, si de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit : *Stichum servum quem a Titio emi*, sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat.

De cette règle il faut rapprocher celle-ci : Une fausse indication ne nuit pas à la validité du legs. Par exemple, s'il est ainsi conçu : *je lègue mon esclave Stichus né à la maison*, quoique Stichus ne soit pas né à la maison, mais qu'il ait été acheté, s'il n'y a pas de doute sur son individualité, le legs est utile. Pareillement, si l'indication porte : *Stichus que j'ai acheté de Titius*, et qu'il ait été acheté d'une autre personne, l'individualité de l'esclave étant constante, le legs est valable.

§ 31. — Longe magis legato falsa causa non nocet, veluti quum quis ita dixerit : *Titio, quia me absente negotia mea curaverit, Stichum do lego;* vel ita : *Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego;* licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo : *Titio, si negotia mea curavit, fundum do lego.*

A bien plus forte raison, la fausse cause ne nuit pas au legs, par exemple si l'on a dit : *Je lègue Stichus à Titius, parce qu'en mon absence il a géré mes affaires;* ou encore : *Je lègue Stichus à Titius, parce qu'il m'a défendu et fait acquitter d'une accusation capitale.* Bien que Titius n'ait jamais géré les affaires du testateur ou ne l'ait pas défendu et fait acquitter, le legs est valable. Mais on décide autrement, lorsque la cause a été énoncée sous forme de condition, par exemple en ces termes : *Je donne et lègue tel fonds à Titius, s'il a pris soin de mes affaires.*

§ 34. — Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione

Autrefois le legs fait avant l'institution d'héritier était nul, cela parce que les testaments tirent leur

heredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus ordinem quidem scripturæ sequi, quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum, sperni autem testatoris voluntatem, per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus : ut liceat et ante heredis institutionem et inter medias heredum institutiones legatum relinquere, et multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

force de l'institution, et que par suite elle est réputée le principe et le fondement du testament. Pour la même raison, la liberté ne pouvait pas non plus être donnée avant l'institution d'héritier. Mais comme nous avons cru peu convenable de nous attacher à l'ordre de l'écriture, ce que l'antiquité elle-même avait blâmé, et de négliger la volonté du testateur, par notre constitution nous avons corrigé ce vice; de sorte qu'il est permis aujourd'hui de laisser un legs avant l'institution d'héritier ou entre les institutions, et à plus forte raison en est-il de même de la liberté, car elle mérite encore plus de faveur.

§ 35. — Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur, veluti si quis ita dicat : *quum heres meus mortuus erit, do lego ;* item pridie quam heres aut legatarius morietur. Sed simili modo et hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne vel hoc casu deterior causa legatorum quam fideicommissorum inveniatur.

Semblablement on annulait un legs fait pour valoir après la mort de l'héritier ou du légataire, par exemple ainsi qu'il suit : *Lorsque mon héritier sera mort, je donne et lègue;* ou encore pour valoir la veille de la mort de l'héritier ou du légataire. Mais nous avons également corrigé ce point, déclarant que de telles modalités n'infirmeront pas plus les legs que les fidéicommis, afin que le legs ne soit pas ici moins avantageux que le fidéicommis.

§ 36. — Pœnæ quoque nomine inutiliter legabatur, et adimebatur vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat aut non faciat, veluti si quis ita scripserit : *heres meus, si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit*, vel ex diverso : *Si non collocaverit, dato decem aureos Seio ;* aut si ita scripserit : *heres meus, si*

Inutilement aussi on laissait, enlevait ou transportait un legs à titre de peine. Le legs est réputé fait à titre de peine lorsqu'il a pour but de contraindre l'héritier à faire ou à ne pas faire quelque chose, par exemple lorsque le testateur a dit : *si mon héritier donne sa fille en mariage à Titius*, ou à l'inverse : *s'il ne la lui donne pas, qu'il donne dix sous d'or à Séius;* ou lorsqu'il a dit : *si*

servum Stichum alienaverit, vel ex diverso : *si non alienaverit, Titio decem aureos dato*. Et in tantum hæc regula observabatur, ut quam pluribus principalibus constitutionibus significetur, nec principem quidem agnoscere quod ei pœnæ nomine legatum sit. Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur. Quin etiam nec libertatem pœnæ nomine dari posse placebat. Eo amplius nec heredem pœnæ nomine adjici posse Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat : *Titius heres esto; si Titius filiam suam Seio in matrimonium collocaverit, Seius quoque heres esto;* nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione an coheredis adjectione.

mon héritier aliène l'esclave Stichus, ou à l'inverse : *s'il ne l'aliène pas, qu'il donne dix sous d'or à Titius*. Et cette règle était si strictement observée qu'aux termes de plusieurs constitutions impériales, le prince lui-même n'acceptait pas ce qui lui était légué à titre de peine. De tels legs ne valaient pas même en vertu du testament d'un militaire, quoique les autres volontés contenues dans un pareil testament fussent observées d'une manière absolue. Bien plus, on n'admettait pas que la liberté elle-même fût laissée à titre de peine. Sabinus pensait même qu'une institution d'héritier ne pouvait pas être ajoutée à titre de peine, par exemple ainsi : *Que Titius soit mon héritier; si Titius marie sa fille à Séius, que Séius soit aussi mon héritier;* car, qu'on obligeât Titius à payer un legs ou qu'on lui adjoignît un autre héritier, peu importait le procédé employé pour le contraindre.

Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo vel in transferendo : exceptis videlicet quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa : hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.

Mais de tels scrupules nous ont déplu, et d'une manière générale nous décidons que les legs laissés, enlevés ou transférés à titre de peine ne différeront en rien des autres legs, à l'exception toutefois de ceux qui ont pour objet quelque chose d'impossible, de contraire aux lois ou de honteux : car les principes de mon temps s'opposent à la validité de pareilles dispositions.

383. On a déjà vu (n° 380) que jusqu'au règne de Néron le testateur devait choisir entre les quatre catégories de formules, selon la nature du droit qu'il voulait et qu'il pouvait conférer au légataire; qu'à cette époque un sénatus-consulte lui permit de prendre au hasard

l'une de ces formules; et qu'enfin deux siècles avant Justinien elles furent supprimées. Mais jusqu'au règne de ce prince, aucun legs, pas même celui de liberté, ne put, à peine de nullité, être écrit avant l'institution, attendu, disait-on, qu'on ne conçoit pas une charge imposée à qui n'a encore rien reçu (Gaius, II, §§ 229 et 230) (1). Comme conséquence de ce formalisme rigoureux, un legs *per vindicationem* intercalé entre deux institutions doit être valable dans la mesure pour laquelle il grève le premier institué, nul pour la partie mise à la charge du second, et cela sans qu'il y ait à distinguer si l'hérédité est recueillie par tous les deux ou seulement par un seul (2). Quant au legs *per damnationem*, on crut pouvoir, sans blesser la logique, le considérer comme absolument valable et imposé pour le tout à l'héritier dont l'institution précède (Paul, III, 6 § 2). Cette différence, très-bizarre au premier aspect, s'explique, si l'on réfléchit que le testateur ne peut pas enlever à son héritier un droit de propriété non compris dans sa part, mais qu'il peut sans difficulté le soumettre à une obligation portant sur la chose d'autrui. Tant de subtilité et d'arbitraire ayant provoqué les critiques des anciens eux-mêmes, Justinien décida, dès l'année 528, qu'il n'y aurait plus désormais à se préoccuper de l'ordre matériel dans lequel se succéderaient les dispositions d'un même testament (L. 24, C., *De test.*, VI, 23. — § 34 *sup.*) (3).

(1) Ce motif ne s'applique ni à l'exhérédation ni à la *tutoris datio*, qui ne sont pas des charges pour l'héritier; aussi peuvent-elles précéder l'institution (L. 1 pr., *De hered. inst.*, XXVIII, 5. — N° 128).

(2) Quand il s'agissait d'un legs de liberté, legs essentiellement indivisible, le droit ancien n'en admettait la validité qu'autant que le second institué ne recueillait pas. Sous les lois caducaires, il fut également tenu pour valable, lorsque le premier institué arrivant seul recueillait la part de son cohéritier, soit *jure antiquo*, soit à titre de *pater*. Mais si cette part était dévolue aux légataires *patres* ou au fisc, la plupart des jurisconsultes, non toutefois sans quelque controverse, tenaient le legs pour nul (Ulp., 1 § 21).

(3) Du reste ni la désignation de la chose léguée ni celle du légataire ne sont soumises à des conditions de forme déterminées. Tout ce qu'on demande, c'est que la volonté du testateur apparaisse avec certitude. Donc, qu'il se soit trompé sur les nom, prénom ou surnom du légataire (et la règle est la même à l'égard de l'institué), qu'il ait accompagné la désignation de la chose d'une indication inexacte (*falsa demonstratio*), ce seront là des circonstances indifférentes, pourvu qu'on soit bien fixé sur l'individualité de la personne ou de la chose (§§ 29 et 30 *sup.* — L. 33 pr.; L. 34 pr., *De cond. et dem.*, XXXV, 1). Cependant si l'on suppose que le testateur avait en vue telle personne ou telle chose, et que par mégarde il a désigné une autre personne ou une autre chose, la disposition sera nulle : car ce qu'il a exprimé il ne l'a pas voulu, et ce qu'il a voulu il ne l'a pas exprimé (L. 9 pr. et § 1, *De hered. inst.*, XXVIII, 5).

384. Tout legs comporte l'apposition d'un terme *a quo* ou d'une condition *sub qua*. Mais le vieux principe qui annulait tout transport de propriété temporaire (n° 202) devait conduire ici non-seulement à exclure le terme *ad quem* et la condition *ad quam*, mais à déclarer que la disposition affectée d'une pareille modalité serait elle-même nulle (1), et telle fut, en effet, la législation jusqu'à Justinien, qui dut la réformer, puisqu'il admettait la translation de la propriété *ad tempus* (L. 26, C., *De leg.*, VI, 37) (2).

Sur le terme, je me bornerai à une seule observation : c'est que, par une application exagérée de la règle générale d'après laquelle nous ne pouvons transmettre à nos héritiers que des droits actifs ou passifs déjà nés en notre personne, l'ancien droit annulait sans hésiter les legs laissés *post mortem heredis* ou *post mortem legatarii*, *pridie quam heres moriatur* ou *pridie quam legatarius moriatur* (Gaius, II, § 232. — N°s 523 et 528). Mais Justinien ayant admis avec beaucoup de raison qu'un droit pourrait naître en notre personne et néanmoins ne devenir exigible qu'à la charge ou au profit de nos héritiers, dut par voie de conséquence reconnaître la validité de ces legs (§ 35 *sup.* — L. unic., C., *Ut act. et ab her.*, IV, 11) (3).

Quant aux conditions, nous retrouvons ici cinq règles spéciales déjà signalées relativement aux institutions : 1° Le legs ne produit son effet qu'autant que le légataire est encore vivant et capable au moment où la condition se réalise. C'est ce que l'on exprime sous une autre forme en disant qu'alors seulement s'opère la *diei cessio* (n° 382). — 2° Pareillement, selon qu'à cette même époque il est *sui juris* ou *alieni juris*, il acquiert le legs ou pour son propre compte ou pour le compte de la personne qui le tient en sa puissance (L. 14 § 3, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2. — L. 2 § 3, *De coll.*, XXXVII, 6. — L. 18, *De reg. jur.*,

(1) On n'avait pas ici le même motif qu'en matière d'institution pour réputer ces modalités non écrites (n° 319).

(2) En validant le legs fait *ad diem* ou *ad conditionem*, Justinien oblige le légataire à promettre de restituer la chose léguée une fois le terme échu ou la condition réalisée.

(3) La décision de Justinien est excellente, toutes les fois que l'obligation ne doit naître qu'après la mort de l'héritier institué, et déjà elle était préparée par une critique de Gaius (II, § 232). Mais il est permis de la trouver moins heureuse, lorsque le droit au legs ne peut naître qu'en la personne des héritiers du légataire : ici, en effet, bien qu'elle concorde avec la doctrine générale de Justinien en matière d'obligations (Inst., § 13, *De inut. stip.*, III, 19), elle est contraire au point de vue si exact qui considère toutes les dispositions testamentaires comme déterminées par l'*intuitus personæ*.

L, 17). Ici encore nous n'avons qu'une application de la règle qui place la *diei cessio* à l'arrivée de la condition. — 3° Le legs est rendu conditionnel par l'apposition d'un *dies incertus* (L. 30 § 4, *De leg.* 1°, XXX. — L. 75, *De cond. et dem.*, XXXV, 1). Cette règle, je l'ai déjà indiqué (page 809, note 1), ne s'applique pas lorsque le terme doit nécessairerement arriver du vivant du légataire, et cela explique la différence que les Romains établissent entre le legs fait *quum heres morietur* et le legs fait *quum legatarius morietur :* le premier est traité comme conditionnel et ne se réalise que par le prédécès de l'héritier ; le second, au contraire, bien que non exigible du vivant du légataire, lui donne dès à présent un droit certain (L. 1 § 2, *De cond. et dem.* — L. 4 pr., et § 1, *Quand. dies leg.*) (1). — 4° Lorsqu'il s'agit d'une condition négative et qui dépend de la volonté du légataire, il peut exiger la délivrance immédiate du legs, en fournissant la caution mucienne, soit aux héritiers grevés, soit, si le *jus capiendi* leur manque ou s'ils ont été exclus comme indignes, à ceux qui succèdent à leurs droits et à leurs charges (L. 7 pr. ; L. 18 ; L. 67 ; L. 79 § 2, *De cond. et dem.*) (2). Le legs perd

(1) Comment expliquer ici la transformation du *dies incertus* en condition ? Papinien (L. 79 § 1, *De cond. et dem.*) croit en trouver la raison dans cette idée que le légataire mourra peut-être avant l'arrivée du terme. Raisonnons comme lui sur cette hypothèse : *heres meus quum ipse morietur, centum Titio dato.* Si la mort de l'héritier grevé était considérée comme un terme, le *dies cedens* se placerait au décès même du testateur, et en conséquence le légataire, venant à mourir avant l'institué, transmettrait son droit à ses propres héritiers. Tout au contraire, la mort de l'institué étant tenue pour une condition, si Titius meurt avant lui, le droit au legs ne sera pas même né, donc ne se transmettra pas. Or n'est-ce pas là un résultat tout à fait conforme à l'intention du testateur, qui a bien voulu gratifier Titius, mais Titius seul, et non pas ses héritiers ? En résumé donc, notre règle ne serait qu'une conséquence de l'*intuitus personæ* qui détermine toutes les dispositions testamentaires. Or cette explication, qui ne m'a pas paru rationnelle relativement aux institutions, ne saurait me satisfaire davantage en matière de legs. Car supposons une disposition ainsi conçue : *heres meus decem Titio dato post quinquennium quam moriar;* est-ce qu'il n'est pas possible que Titius meure moins de cinq ans après moi ? Cependant ce legs n'est pas regardé comme conditionnel. La différence que les Romains font entre le terme certain et le terme incertain ne se justifie donc pas.

(2) Cette règle ne comporte ici aucune explication semblable à celle que j'en ai donnée relativement aux institutions : il ne s'agit pas d'assurer la transmissibilité du legs. Supposons, en effet, qu'on le traitât comme vraiment conditionnel : la condition s'accomplirait au plus tard au dernier moment de la vie du légataire, et la *diei cessio* s'opérant alors, le legs deviendrait transmissible. La faveur que l'on accorde au légataire ne repose donc, à mes yeux, que sur une raison d'équité : il serait dur que, s'appliquant tous les jours à mériter le legs, il fût d'avance condamné à n'en jamais jouir lui-même et à ne le gagner que pour ses héritiers.

ainsi son caractère conditionnel, ou, si l'on aime mieux, la condition qui devait le tenir en suspens se transforme en une condition résolutoire (1). — 5° Lorsqu'une condition de donner ou de faire a été imposée au légataire et qu'elle ne peut s'accomplir qu'avec le concours d'un tiers, on la répute accomplie par cela seul que le tiers refuse son concours, mais l'obstacle résultant d'un pur cas fortuit n'aurait pas le même effet (L. ~~13,~~ *De cond. et dem.* — L. 5 § 5, *Quand. dies leg.*) (2). 31/

En dehors des règles qui viennent d'être énumérées, l'analogie entre les conditions apposées à une institution et les conditions apposées à un legs se manifeste encore sur deux points essentiels : 1° les conditions qui ont pour effet d'annuler l'institution annulent aussi le legs (L. 64, *De leg.* 1°, XXX) ; 2° les conditions impossibles et les conditions contraires à la loi ou aux bonnes mœurs sont réputées non écrites dans les legs comme dans les institutions (L. 14, *De cond. inst.*, XXVIII, 7. — L. 5 § 4, *Quand. dies leg. ced.*).

Reste à faire trois observations :

A. 1° Il est possible que sous l'apparence d'un terme se cache une véritable condition. La règle *dies incertus in testamento conditionem facit* nous fournit une première et remarquable application de cette idée. En voici deux autres : 1° le legs a été laissé *quum legatarius quatuordecim annorum erit.* On présume ici que le testateur s'est proposé, non pas simplement de reculer l'exigibilité du droit, mais d'en subordonner l'existence à cette condition *si le légataire parvient à l'âge de quatorze ans* (L. 49 pr., §§ 1 à 3, *De leg.* 1°, XXX) (3); 2° le legs a pour objet des prestations périodiques quelconques laissées *in singulos dies, menses* ou *annos.* On tient alors que dans la pensée du testateur le droit à chacune de ces prestations suppose le légataire vivant et capable au commencement du jour, du mois ou de l'an auquel elle correspond.

(1) L'on va tellement loin dans cette voie que tel legs qui, fait *sine conditione*, serait nul, se trouve validé par cela seul qu'il a été subordonné à une condition de ne pas faire. Tel est le cas du legs d'usufruit laissé *quum legatarius morietur* (L. 79 § 3, *De cond. et dem.*).

(2) Par exception, quand il s'agit d'un legs de liberté, la condition est réputée accomplie par cela seul que l'accomplissement en devient impossible sans le fait de l'esclave intéressé (L. 20 § 3, *De statulib.*, XL, 7). On s'est fondé sur un texte de Pomponius (L. 54 § 2, *De leg.*, 1° XXX) pour généraliser cette doctrine et soutenir que tout legs subordonné à une condition de donner ou de faire devient pur et simple lorsqu'un cas fortuit quelconque vient rendre l'exécution de la condition impossible. J'aime mieux croire que Pomponius se réfère moins à une condition proprement dite qu'à un simple *modus*, et alors sa décision ne contredit pas la doctrine générale.

(3) Cette présomption ne fut pas admise sans controverse (L. 54 pr. *De cond. et dem.*).

Aussi chaque prestation est-elle réputée former l'objet d'un legs distinct; le premier de ces legs est pur et simple, et tous les autres conditionnels (LL. 10, 11, 12 pr., §§ 1 et 6, *Quand. dies leg.* — N° 531) (1).

A. 2° La condition proprement dite ne doit pas être confondue avec le *modus*. On appelle ainsi une charge que le testateur impose à son légataire, mais sans vouloir qu'elle tienne le legs en suspens et l'empêche d'être pur et simple. C'est donc en examinant l'intention du testateur que l'on distingue le *modus* de la condition. Quant aux effets, la différence est sensible : d'une part, en effet, le legs est exigible avant l'exécution du *modus* par cela seul que le légataire promet de l'exécuter (L. 19, *De leg.* 3°, XXXII) ; d'autre part, l'exécution du *modus* devenant impossible par un cas fortuit quelconque, il paraît probable que le légataire est simplement libéré de son obligation, mais ne perd pas le bénéfice du legs. J'entends en ce sens un texte qui, appliqué à une véritable condition, donnerait lieu à une difficulté sérieuse (L. 54 § 2, *De leg.* 1°, XXX. — page 973, note 2).

A. 3° Le légataire à terme ou sous condition n'est pas dans une situation comparable à celle d'un créancier par acte entre-vifs : celui-ci a pu exiger des sûretés, le légataire ne l'a pas pu. Il est donc possible qu'à l'époque où il lui sera permis d'agir, c'est-à-dire à l'arrivée du terme ou à l'événement de la condition, il se voie contester la validité ou l'étendue du legs, ou se trouve en présence d'un débiteur devenu insolvable. Pour parer à ce double danger, le droit prétorien l'autorise, à moins que le testament ne contienne une clause contraire, à exiger immédiatement de l'héritier, sous le nom de *cautio legatorum*, une promesse personnelle accompagnée de satisdation. Dans le dernier état du droit, cette promesse personnelle ne lui procure aucun avantage sérieux (2), mais la satisdation le garantit contre l'insolvabilité du débiteur (L. 1 pr., *Ut leg. seu fid. serv.*, XXXVI, 3. — L. 7, C., *Ut in poss. leg.*, VI, 54) (3). Le refus de cette *cautio legatorum* a pour con-

(1) On peut aussi avec exactitude considérer le legs d'une servitude personnelle comme laissé sous la condition que le légataire vivra et restera capable jusqu'au jour de l'adition. C'est ce que les Romains expriment sous une autre forme en reculant à ce jour le *dies cedens* d'un tel legs (n° 382).

(2) Elle fut nécessaire tant que les Romains ne connurent d'autres formes de cautionnement que la *sponsio* et la *fidepromissio*. Car on ne garantissait ainsi que des obligations nées *verbis* (n° 559).

(3) La *cautio legatorum* est inapplicable quand il s'agit d'une disposition dont le légataire peut bénéficier sans recourir à une action, par exemple d'un legs de libération (L. 1 § 2, *Ut in poss. leg.*). Du reste, elle s'applique indubitablement en

séquence un envoi en possession des biens héréditaires prononcé à titre purement conservatoire (1) et qui par suite ne peut jamais servir de juste cause à l'effet d'usucaper. Cet envoi, au surplus, ne modifie en rien la loi du concours entre les légataires, et, à plus forte raison, ne saurait-il les rendre préférables aux créanciers (L. 1 § 2, *Ut leg. seu fid. serv.* — L. 5 pr., §§ 3 et 4, *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4). Fournie pour un legs conditionnel, la *cautio legatorum* s'évanouit lorsque *pendente conditione* le légataire décède ou sort d'une manière quelconque de la puissance à laquelle il était soumis au jour de l'engagement de l'héritier. Dans le premier cas, en effet, il est certain que le droit au legs ne naîtra jamais; dans le second cas, il ne peut plus naître au profit de la personne qui a reçu la *cautio* (L. 1 §§ 14 et 20, *Ut leg. seu fid. serv.*).

385. Le legs, comme l'institution d'héritier et bien plus qu'elle encore, puisqu'il à un caractère de libéralité plus évident (page 951, note 1), puise sa raison d'être dans un sentiment de bienveillance pour la personne gratifiée. De là les Romains tirèrent deux conséquences : 1° il est inutile que le testateur exprime le motif précis qui le détermine à disposer; et par suite l'expression d'un motif inexact (*falsa causa*) est indifférente, le fait même de la disposition témoignant suffisamment de la bienveillance qui animait le disposant envers le légataire. Si pourtant il résultait, soit des termes employés par le testateur, soit de toute autre circonstance, qu'il a entendu subordonner sa libéralité à l'exactitude du motif indiqué, la demande du légataire pourrait être repoussée par une exception *doli mali* (§ 31 *sup.* — L. 72 § 6, *De cond. et dem.*, XXXV, 1); 2° tout legs, y compris celui de liberté, et fût-il même écrit dans un testament militaire, est nul, lorsqu'il résulte à la fois des termes de la disposition et des circonstances que le testateur n'a pas été mû par une bienveillance directe envers le légataire, mais plutôt par le désir de contraindre l'héritier à un acte ou à une abstention. On dit alors que le legs est fait *nomine pœnæ* (§ 36 *sup.*) (2). Cette sévérité, qui paraît remonter à Antonin le Pieux (Jul. Capit., *Vit. Ant. Pii*), peut être

matière de fidéicommis; et elle peut être exigée même avant l'adition d'hérédité, par conséquent même pour un legs pur et simple, lorsque l'institué est trop lent à se prononcer (L. 15 pr., *Ut leg. seu fid. serv.* — L. 1 § 4; L. 2, *Ut in poss. leg.*).

(1) A titre de dépôt, dit Ulpien dans un langage un peu inexact, mais très-expressif (L. 27, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5).

(2) Une institution d'héritier pouvait également être faite à titre de peine pour un autre héritier, ou un legs être révoqué ou transféré à titre de peine pour le légataire. Une même nullité atteignait toutes ces dispositions (§ 36 *sup.*).

critiquée à un triple point de vue. Et d'abord, il est inexact de considérer un pareil legs comme une peine pour l'héritier : la vérité est que le bénéfice de l'institution est simplement diminué. En second lieu, il n'est pas moins exact de nier ici la bienveillance du testateur à l'égard du légataire; si cette bienveillance n'existe pas aussi nette et aussi franche que dans un legs pur et simple, elle est bien comparable à celle que dénote un legs conditionnel. Enfin, au point de vue pratique, comment distinguer sûrement si le testateur a voulu faire un legs *nomine pœnæ* ou un legs conditionnel? Car il n'y a là qu'une question de fait et d'intention (L. 2, *De his quæ pœn. nom.*, XXXIV, 6). Justinien eut donc raison de revenir au droit primitif et de valider en principe les dispositions faites *nomine pœnæ*. Et néanmoins, comme il est contraire au bon sens ou à la loi que le testateur exige de qui que ce soit un fait impossible, défendu ou honteux, ce prince maintint la nullité de toutes charges qui n'auraient été imposées au grevé que pour le punir de n'avoir pas exécuté un acte de cette nature (§ 36 *sup.* — L. unic., C., *De his quæ pœn. nom.*, VI, 41).

IV. — DES PERSONNES A QUI L'ON PEUT LÉGUER.

Lib. II, tit. XX, *De legatis*, § 24. — Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

On ne peut léguer qu'à ceux avec lesquels on a la *factio testamenti*.

§ 25. — Incertis vero personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat; nam nec miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Adrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat : *Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato*. Illud quoque quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati erant, æque incertæ personæ legari videbatur, et denique multæ aliæ ejusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non

Mais autrefois il n'était pas permis de laisser des legs ou des fidéicommis à des personnes incertaines; et le militaire lui-même, comme le décida le divin Adrien, ne pouvait rien laisser à une personne incertaine. Par personne incertaine, on entendait celle dont le testateur ne se faisait pas une idée précise, par exemple s'il disait : *Que mon héritier donne tel fonds à celui qui donnera sa fille en mariage à mon fils*. De même, ce qu'on laissait à ceux qui les premiers seraient désignés consuls après la confection du testament, était réputé légué à une personne incertaine, et il y a encore beaucoup d'autres hy-

videbatur posse dari, quia placebat nominatim servos liberari. Tutor quoque certus dari debebat. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ recte legabatur, veluti : *Ex cognatis meis qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato.* Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta, et per errorem soluta, repeti non posse sacris constitutionibus cautum erat.

pothèses pareilles. La liberté ne pouvait pas non plus être donnée à une personne incertaine, parce que les esclaves devaient être affranchis nominativement. On devait aussi donner un tuteur certain. Mais on léguait valablement avec une indication certaine, c'est-à-dire à une personne incertaine prise dans un groupe de personnes déterminées, par exemple : *Si l'un de mes cognats actuels épouse ma fille, que mon héritier lui donne telle chose.* Quant aux legs et fidéicommis qui, laissés à des personnes incertaines, avaient été payés par erreur, les saintes constitutions décidaient qu'ils ne pouvaient pas être répétés.

§ 26. — Postumo quoque alieno inutiliter legabatur. Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est; ideoque et emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.

Le legs fait au posthume d'autrui était également nul. Mais on appelle posthume d'autrui celui qui ne doit pas naître héritier sien du testateur. Et c'est pourquoi le petit-fils conçu d'un enfant émancipé était un posthume externe pour son aïeul.

§ 27. — Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta, quum in nostro codice constitutio posita est, per quam et huic parti medemur, non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis : quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.

Mais cette matière n'est pas non plus restée sans être réformée comme elle le méritait, et dans ce but nous avons inséré en notre code une constitution applicable non-seulement aux hérédités, mais aussi aux legs et aux fidéicommis; ainsi qu'on peut le voir avec évidence en la lisant. Mais notre constitution elle-même ne permet pas la nomination d'un tuteur incertain, parce que le testateur qui pourvoit à la tutelle de ses descendants doit préciser sa volonté.

386. L'aptitude à figurer dans un testament comme légataire n'est

qu'une conséquence de l'aptitude à y figurer comme institué (§ 24 *sup.*). Et de là deux règles générales :

Première règle. — Sont nuls dès l'origine tous legs laissés à une personne qui n'a pas la *factio testamenti* avec le testateur au moment même où il dispose (1). De cette première règle je conclus qu'aussi longtemps que subsista la loi Voconia les citoyens de la première classe ne purent, en règle générale, rien léguer à des femmes (n° 328). J'en conclus aussi que dans le droit antérieur à Justinien le legs adressé à un posthume externe et en général à une personne incertaine était nul (§§ 25 à 27 *sup.* — Ulp., XXIV § 18). Néanmoins, dès l'époque classique, bien avant que l'empereur Léon eût donné la *factio testamenti* à toutes les cités (n° 329), Nerva et Adrien leur avaient concédé d'une manière générale le droit d'être appelées à un legs et de le recueillir (Ulp., XXIV § 28) (2), et un peu plus tard, sous Marc-Aurèle, un sénatus-consulte avait admis la validité des legs laissés aux corporations autorisées (L. 20, *De reb. dub.*, XXXIV, 5).

Seconde règle. — Sont valables les legs faits en faveur d'une personne actuellement investie de la *factio testamenti* avec le testateur, par exemple le legs adressé à l'esclave d'autrui, pourvu que le maître soit à la fois personne certaine et citoyen romain (3). Cette seconde

(1) Il est encore moins raisonnable ici qu'en matière d'institution d'exiger la capacité du destinataire au moment même de la disposition. Car si les souvenirs du droit primitif permettent jusqu'à un certain point de supposer un contrat intervenu entre le testateur et l'héritier (Inst., § 10, *De test. ord.*, II, 10), une pareille fiction serait tout à fait inadmissible en ce qui concerne le testateur et le légataire. Au surplus, de même qu'on n'exige pas chez l'institué le maintien de la *factio testamenti* pendant l'intervalle qui sépare la confection du testament de la délation de l'hérédité, de même aussi il n'importe que le légataire la perde à cette époque intermédiaire, pourvu qu'il la recouvre avant le *dies cedens*.

(2) Presque toujours les legs laissés aux cités avaient un but d'utilité publique : ils étaient faits *ad honorem, ad ornatum*, ou pour subvenir à une œuvre de bienfaisance (LL. 117 et 122 pr., *De leg.* 1°, XXX). Du reste, sous le nom de cités, il faut comprendre aussi les colonies (Gaius, II, § 195) et les *vici* (L. 73 § 1, *De leg.* 1°).

(3) Ici, comme en matière d'institution, l'esclave nous apparaît doué d'une véritable personnalité juridique : sans doute pour savoir s'il a la *factio testamenti*, c'est la personne du maître qu'on envisage ; mais, à tous autres points de vue, la validité de la disposition s'apprécie comme s'il était libre et *sui juris*. C'est ainsi que je puis lui léguer, même purement et simplement, la chose de son maître (L. 82 § 2, *De leg.* 2°, XXXI), et qu'à l'inverse je ne lui léguerais pas valablement une servitude au profit du fonds du maître (L. 5, *De serv. leg.*, XXXIII, 3). De même encore, le legs qui lui est fait *post mortem suam* n'est pas réputé fait *post mortem domini* et par conséquent ne vaut rien (*Fr. Vat.*, § 57). Quant à la question toute différente de savoir si le legs pourra être librement accepté par l'esclave

règle n'est pas d'une application aussi absolue que la précédente : il faut la combiner avec une autre règle d'après laquelle la vocation au legs ne peut jamais naître au profit de celui-là même qui serait grevé, car il implique contradiction qu'une même personne ait à la fois le bénéfice et la charge, l'un détruisant nécessairement l'autre. Cette combinaison nous conduit aux résultats suivants :

1° Le testateur qui n'institue qu'un seul héritier ne peut absolument rien lui léguer (Ulp., XXIV § 22) (1).

2° Lorsque le testateur institue plusieurs héritiers, rien ne l'empêche d'avantager l'un d'eux par un legs, qu'on appelle *prælegatum*. Mais ce legs, valable en tant qu'il grève les cohéritiers du légataire, est nécessairement nul dans la mesure pour laquelle il est pris sur la portion héréditaire de ce dernier. Ainsi, en supposant deux héritiers institués pour parts égales, le fonds légué à l'un d'eux lui appartient bien pour le tout; mais il n'en recueille que la moitié à titre de légataire, l'autre moitié lui appartenant déjà en sa qualité d'héritier. Et de là les conséquences suivantes : 1° soit deux institués, Primus et Secundus. Si un fonds héréditaire a été légué à Primus et à un tiers, la moitié du fonds qui est prise sur la part héréditaire de Secundus se partage sans difficulté entre les deux légataires; mais celle qui est prise sur la part héréditaire de Primus, ne lui ayant pas été léguée valablement, appartient tout entière *jure accrescendi* à son colégataire (L. 34 § 11; L. 116 § 1, *De leg.* 1°, XXX); 2° deux héritiers étant institués pour des parts inégales, par exemple l'un pour un douzième, l'autre pour onze douzièmes, le fonds qui leur aurait été légué à tous les deux doit se partager entre eux dans la proportion inverse de leurs parts héréditaires; il appartiendra donc pour onze douzièmes au premier héritier, pour un douzième au second (L. 34 § 12, *De leg.* 1°); 3° si l'héritier prélégataire est grevé d'un fidéicommis d'hérédité, le fidéicommis, s'appliquant à toute sa part héréditaire, mais à elle seule, comprend la portion du fonds légué qui lui appartient comme héritier, et ne comprend pas celle qu'il recueille comme légataire (L. 18 § 3, *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1); 4° supposons l'héritier prélégataire grevé d'un

et à qui il profitera, elle se résout exactement comme s'il s'agissait d'une institution d'héritier (nos 331 et 349).

(1) Cette proposition est moins naïve qu'elle ne le paraît tout d'abord. Elle a, en effet, cette conséquence que, lorsqu'il y a lieu d'appliquer la loi Falcidia, l'héritier n'est pas admissible à retenir, en dehors de sa quarte, la moindre portion des valeurs qui lui ont été léguées (n° 401).

fidéicommis particulier ou d'un legs : la portion de la chose léguée qui lui appartient comme héritier compte dans la masse sur laquelle il doit acquitter ces charges et dont il est autorisé à retenir le quart; l'autre moitié n'y est pas comprise et lui appartient en dehors de sa quarte (LL. 74 et 91, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2) (1); 5° le prélégataire qui se serait mis en possession de la chose léguée sans la volonté de ses cohéritiers n'est tenu de l'interdit *quod legatorum* que pour la part à laquelle il a droit *jure legati* (L. 1 § 6, *Quod legat.*, XLIII, 3).

3° Le maître qui fait un legs à son propre esclave doit en même temps ou lui donner la liberté directe ou le léguer *per vindicationem* à un tiers (L. 76, *De her. inst.*, XXVIII, 5. — LL. 69 pr. et 102, *De leg.* 1°. — L. 17, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2. — L. 4, C., *De leg.*, VI, 37). Ainsi affranchi ou légué, l'esclave légataire sortira du patrimoine du testateur au moment même de l'adition, et comme ce moment se confond ici avec celui de la *diei cessio* (n° 382), il n'y a aucune difficulté à considérer le legs comme prenant naissance en sa personne et lui donnant vocation à lui-même. Qu'au contraire ces conditions fassent défaut, et alors il est certain que par l'adition l'institué deviendra propriétaire de l'esclave légataire. Le legs est donc nul, comme adressé à l'institué lui-même, partant comme imposé à celui qui doit en bénéficier (2).

V. — DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE LÉGUÉES.

Lib. II, tit. XX, *De legatis*, § 4. — Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut heres cogatur redimere eam et præstare, vel, si non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis res sit cujus non est commercium, nec æstimatio ejus debetur, sicuti si campum Martium vel basilicam, vel templa, vel quæ publico usui destinatæ sunt, le-

Le testateur peut léguer non-seulement sa propre chose ou celle de l'héritier, mais aussi celle d'autrui, de telle sorte que l'héritier soit obligé de l'acheter et de la livrer, ou, s'il ne peut pas l'acheter, d'en donner l'estimation. Mais si la chose n'est pas dans le commerce, l'estimation même n'en est pas due, par exemple si le legs a pour objet le champ de Mars, une basi-

(1) Voir un cas exceptionnel (L. 22 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2)

(2) Justinien, qui, comme on l'a vu (n° 330), sous-entendit un legs de liberté dans toute institution d'un esclave par son maître, n'étendit pas cette faveur au legs laissé *sine libertate* (L. 5 § 2, C., *De nec. serv. her.*, VI, 27). Le motif en est que l'exécution du legs n'importe qu'au légataire, tandis que l'intérêt du défunt lui-même réclame l'efficacité de l'institution.

gaverit; nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non et si ignorabat; forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Et ita divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.

lique, un temple ou des choses destinées à un usage public; car le legs est nul. Quand nous disons que la chose d'autrui peut être léguée, nous nous référons au cas où le défunt savait que la chose était à autrui, non au cas où il l'ignorait; peut-être, en effet, que, la sachant à autrui, il ne l'aurait pas léguée. Ainsi l'a décidé le divin Antonin le Pieux. Et il faut dire que c'est au demandeur, c'est-à-dire au légataire, de prouver que le défunt savait que la chose était à autrui, et non pas à l'héritier de prouver qu'il l'ignorait; car la charge de la preuve incombe toujours au demandeur.

§ 5. — Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse; et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.

Mais si l'on a légué une chose obligée envers un créancier, l'héritier doit la dégager. Et dans ce cas on donne la même décision que lorsqu'il s'agit de la chose d'autrui; c'est-à-dire que l'héritier n'est tenu de la dégager qu'autant que le défunt la savait obligée; ainsi l'a décidé un rescrit des divins Sévère et Antonin. Si pourtant le défunt a voulu que le légataire dégageât lui-même la chose et s'il l'a exprimé, l'héritier n'y est pas tenu.

§ 7. — Ea quoque res quæ in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur : veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit (Gaius, II, § 203).

On lègue valablement aussi la chose qui n'existe pas encore, si toutefois elle doit exister : par exemple les fruits que donnera tel fonds ou l'enfant qui naîtra de telle esclave.

§ 11. — Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum : nam plus valet quod in veritate est quam quod in opinione. Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

Si l'on a légué comme chose d'autrui sa propre chose, le legs est valable; car la réalité l'emporte sur l'opinion du testateur. Mais, même lorsqu'il a cru que la chose appartenait au légataire, le legs est certaine-

ment valable, parce que la volonté du défunt peut s'exécuter.

§ 13. — Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est; et neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus potest heres petere, nec ab alio qui heredis loco est; sed et potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest autem quis vel ad tempus jubere ne heres petat.

Si quelqu'un lègue la libération à son débiteur, le legs est valable, et l'héritier ne peut rien demander ni au débiteur lui-même, ni à l'héritier du débiteur, ni à toute autre personne tenant lieu d'héritier; le débiteur peut même agir pour obtenir sa libération. Le testateur peut aussi ordonner que pendant un certain temps son héritier ne demande rien.

§ 14. — Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quod si in diem vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit vel conditio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit; quod et verum est; non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum quia in eam causam pervenit a qua incipere non potest.

A l'inverse, lorsque le débiteur a légué à son créancier ce qu'il lui doit, le legs est inutile, s'il ne contient rien de plus que la créance, car il ne donne rien au créancier. Que si la dette est à terme ou conditionnelle et le legs pur et simple, il est utile parce qu'il emporte exigibilité immédiate. Mais, encore que le terme ou la condition soient arrivés du vivant du testateur, Papinien écrit que le legs n'en reste pas moins valable, puisqu'il a pris existence, et cela est vrai; car on a rejeté l'opinion de ceux qui réputaient le legs éteint sous ce prétexte que dans les circonstances actuelles il ne pourrait plus naître.

§ 15. — Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius est legatum quam de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumentum dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.

Mais si un mari lègue la dot à sa femme, le legs est valable, comme donnant plus d'avantages que l'action de dot. Pourtant lorsqu'il n'a pas reçu la dot léguée, les divins Sévère et Antonin ont décidé que, s'il a simplement légué la dot, le legs est nul, mais que s'il a précisé la somme ou l'objet, ou s'il s'est référé aux indications d'un acte de dot, le legs vaut.

§ 18. — Si grex legatus fuerit, posteaque ad unum ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest.

Si un troupeau a été légué et que plus tard il se réduise à une seule brebis, les restes du troupeau peu-

Grege autem legato, etiam eas oves quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait; est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus.

vent être revendiqués. Mais le legs d'un troupeau comprend même les brebis qui y ont été ajoutées depuis la confection du testament; telle est l'opinion de Julien, et en effet un troupeau forme un seul tout composé de plusieurs têtes, comme une maison est un tout formé d'un assemblage de pierres.

§ 19. — Ædibus denique legatis, columnas et marmora quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.

Semblablement, le legs d'une construction comprend les colonnes et les marbres qui y ont été ajoutés depuis la confection du testament.

§ 20. — Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris, ante aditam hereditatem, servus adquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem adquisitum est legatario cedere, quia hujus legati dies ab adita hereditate cedit; sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur; quamvis, si vivus manumiserit, sufficit si non adimatur, et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ quam in rationes dominicas impendit. Iidem rescripserunt peculium videri legatum, quum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eo reliqua inferre.

Un pécule étant légué, sans aucun doute, s'il s'augmente ou diminue du vivant du testateur, le légataire en profite ou en souffre. Que si, après la mort du testateur, mais avant l'adition d'hérédité, l'esclave fait des acquisitions, Julien décide que, si c'est à lui-même que le pécule a été légué avec la liberté, toutes les acquisitions antérieures à l'adition profitent au légataire, parce que le *dies cedens* de ce legs se place au jour de l'adition; mais que, si le pécule a été légué à un tiers, elles ne sont pas comprises dans le legs, à moins qu'elles ne proviennent des biens mêmes du pécule. Mais le pécule qui n'a pas été légué à l'esclave affranchi ne lui est pas dû, tandis que, lorsque l'affranchissement se fait entre-vifs, il suffit qu'il ne lui soit pas retiré; ainsi l'ont décidé les divins Sévère et Antonin. Les mêmes empereurs ont décidé que l'esclave légataire de son pécule n'est pas autorisé à réclamer les sommes qu'il a déboursées pour le compte du maître. Ils ont voulu aussi que le pécule fût réputé légué, lorsqu'il a été dit que l'esclave serait

libre après avoir rendu ses comptes et qu'il payerait le reliquat dû.

§ 21. — Tam autem corporales res legari possunt, quam incorporales; et ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet, nisi exegerit vivus testator pecuniam; nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet: *damnas esto heres domum illius reficere, vel illum ære alieno liberare.*

On peut léguer soit des choses corporelles, soit des choses incorporelles, et en conséquence le testateur peut léguer ce qui lui est dû, de telle sorte que l'héritier cède ses actions au légataire, à moins que de son vivant le testateur n'ait touché la somme due; car dans ce cas le legs est éteint. Mais c'est encore un legs valable que celui-ci : *que mon héritier soit condamné à reconstruire la maison d'un tel ou à le libérer d'une dette.*

§ 22. — Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

Si l'on a légué d'une manière générale un esclave ou une autre chose, le choix appartient au légataire, à moins que le testateur n'ait exprimé le contraire.

§ 23. — Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem; et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverit, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est, ut sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant, fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte hoc esse diri-

Le legs d'option, c'est-à-dire celui par lequel le testateur permettait au légataire de choisir un de ses esclaves ou un de ses autres biens, renfermait en lui-même une condition; et c'est pourquoi, si le légataire n'avait pas opté de son vivant, il ne transmettait pas le legs à son héritier. Mais notre constitution a réformé et amélioré ce point en permettant à l'héritier du légataire d'opter, quoique le légataire vivant ne l'ait pas fait. Et pour perfectionner cette réforme, notre constitution ajoute que, soit que le dissentiment sur le choix de l'objet existe entre plusieurs légataires d'option ou entre plusieurs héritiers d'un légataire unique, l'un voulant ceci, l'autre cela, afin d'empêcher l'extinction du legs, résultat dur auquel arrivaient la plupart des prudents, le sort sera

mendum, ut ad quem sors veniat, illius sententia in optione præcellat.

juge de l'option, et celui qu'il aura désigné fera prévaloir son opinion.

387. On ne lègue valablement que les choses qui peuvent faire l'objet d'un droit de propriété ou de créance. Donc est immédiatement nul tout legs ayant pour objet : 1° une chose hors du commerce, soit d'une manière absolue, soit à l'égard du légataire seulement (§ 4 *sup.* — L. 49 § 2, *De leg.* 2°, XXXI) (1). La nullité est indépendante de la condition qui affecterait le legs aussi bien que des événements ultérieurs qui feraient tomber la chose dans le commerce, et elle a cet effet que le légataire ne peut pas même demander l'estimation de la chose; 2° une chose qui a cessé d'exister, comme un esclave mort, ou dont l'existence est impossible, comme un hippocentaure (§ 7 *sup.*), car l'estimation de ces choses ne se conçoit pas; 3° un fait contraire aux lois et aux bonnes mœurs (L. 112 § 8, *De leg.* 1°, XXX).

Il faut envisager successivement les legs de choses corporelles, les legs de choses incorporelles, et les legs ayant pour objet une *universitas juris*, c'est-à-dire un ensemble composé de choses corporelles et de choses incorporelles.

388. *Legs de choses corporelles.* — Ce legs porte ou sur une chose future, ou sur un *genus*, ou sur un corps certain.

Le legs d'une chose future ne se conçoit que lorsque les lois de la nature rendent la naissance ou la production de cette chose possible (§ 7 *sup.*). Il est donc nécessairement soumis à une condition tacite (L. 25 § 1, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2); et dans le droit classique, il ne pouvait jamais valoir comme legs *per vindicationem*, puisque le défunt n'avait jamais eu la propriété de la chose (Gaius, II, § 203).

Le legs d'un *genus* est celui qui a pour objet une chose déterminée seulement dans son genre, comme une somme d'argent, dix mesures de blé, un esclave. Anciennement, il ne pouvait valoir comme legs *per vindicationem* qu'autant que la succession comprenait des objets rentrant dans le genre indiqué, et quand il valait à ce titre, c'est au légataire que le choix appartenait, parce que nul ne peut se prétendre propriétaire sans préciser l'objet de sa propriété. Si, au contraire, le

(1) Trébatius avait admis la validité du legs portant sur une chose qui n'est hors du commerce qu'à l'égard du légataire. Mais son opinion fut rejetée, et elle devait l'être comme contraire à la règle générale d'après laquelle une chose ne peut être due qu'à celui qui peut en devenir propriétaire. Mais rien ne s'opposerait à la validité du legs, si la chose n'était hors du commerce qu'à l'égard de l'héritier; car je puis devoir ce que je ne puis acquérir (L. 49 § 3, *De leg.* 2°).

legs avait été fait *per damnationem*, ou ne valait qu'à ce titre, le choix était donné à l'héritier débiteur, et ici, à la différence de la précédente hypothèse, il pouvait s'exercer même sur une chose non comprise dans la succession (Ulp., XXIV § 14). Sous Justinien, et en l'absence d'une disposition contraire écrite dans le testament, c'est toujours le légataire qui choisit, à moins sans doute que, l'espèce de choses désignée manquant absolument dans la succession, il ne lui soit impossible de se dire propriétaire (§ 22 *sup.*). Au surplus, soit dans le droit classique, soit dans le droit de Justinien, on admet, par une interprétation très-raisonnable de la volonté du défunt, que jamais le légataire ne peut demander une chose de la meilleure qualité, ni l'héritier l'offrir de la plus mauvaise (L. 37 pr.; L. 110, *De leg.* 1°) (1).

Quant au legs de corps certain, le plus important de tous sans contredit, l'ancien droit, comme on l'a vu (n° 379), distinguait, pour déterminer tant la formule qui convenait à la disposition que l'effet qu'elle pouvait produire, si la chose appartenait au testateur, à l'héritier, au légataire lui-même ou à un tiers; et il est visible que, même dans le droit de Justinien, la *rei vindicatio* ne compète au légataire que lorsque le testateur est mort propriétaire de la chose léguée.

Du reste, quand la chose appartient au testateur au jour même où il dispose, elle est valablement léguée, encore qu'il ignore son droit de propriété. La réalité l'emporte ici sur la croyance erronée du disposant (§ 11 *sup.*). Si la chose appartient à l'héritier, le legs vaut également, quoique le testateur l'ait crue sienne; car l'héritier n'a pas besoin de l'acquérir pour la livrer (L. 67 § 8, *De leg.* 2°, XXXI). Que si elle appartient au légataire lui-même, le legs, ainsi que je l'expliquerai bientôt (n° 394), ne peut valoir qu'autant qu'il est conditionnel.

Quant au legs de la chose d'autrui, sa validité, dans le droit de Justinien comme dans le droit classique, dépend de la distinction suivante : Le testateur a-t-il su ou a-t-il ignoré que la chose ne lui appartenait pas? S'il l'a su, le legs est valable; et alors l'héritier est tenu ou d'acquérir la chose pour en transférer la propriété au légataire, ou de lui en donner la valeur estimative si le propriétaire refuse absolument de la vendre, ou s'il n'y consent qu'à des conditions exorbitantes. Le testateur, au contraire, s'est-il cru propriétaire : le legs est nul : on pré-

(1) Au contraire, un promettant se libère en donnant une chose de la pire qualité (n° 510 *in fine*), car le stipulant pouvait, s'il l'eût voulu, s'expliquer en sens contraire.

sume, en effet, que, mieux instruit de la réalité, il n'eût pas voulu imposer à son héritier la charge d'un déboursé peut-être fort considérable (§ 4 *sup.* — L. 7 § 3, *De leg.* 1°, XXX) (1). Cette distinction, quelque valeur théorique qu'on puisse lui reconnaître, est certainement peu satisfaisante au point de vue pratique ; et, en effet, à moins que le texte même du testament ou d'autres faits déjà bien établis ne prouvent que le testateur a disposé sciemment de la chose d'autrui, l'héritier sera très-porté à plaider la nullité du legs. De là de nombreux procès, dans lesquels, par application d'une règle générale, le légataire devra, en sa qualité de demandeur, fournir la preuve de son droit ; de sorte qu'on arrive à ériger en présomption légale que le testateur se croyait propriétaire là où il ne l'était pas, par conséquent ignorait la consistance exacte de son patrimoine ; et c'est sans doute à cause de la bizarrerie de ce résultat que l'on avait douté s'il ne fallait pas déroger ici au droit commun et imposer la charge de la preuve à l'héritier (§ 4 *sup.* — L. 21, *De prob.*, XXII, 3) (2).

389. En principe, l'héritier doit délivrer la chose dans l'état où elle se trouve au moment de la *diei cessio* (3). C'est par application de cette règle que le legs d'une maison comprend les colonnes, les marbres, et en général tous les embellissements qu'elle a pu recevoir du vivant du testateur (§ 19 *sup.*). C'est ainsi encore que le legs d'un troupeau porte sur toutes les bêtes qui le composent au jour du décès, sans distinguer si ce sont ou non les mêmes qu'au jour de la disposition, ni si le nombre en est accru ou diminué (§ 18 *sup.*) ; et ceci s'applique à tout legs qui porte sur une *universitas rerum*, c'est-à-dire sur un ensemble de choses corporelles considérées comme formant un être collectif et un tout. C'est ainsi, enfin, que les servitudes établies entre le fonds de l'héritier et le fonds du défunt légué *per damnationem* devront être

(1) On excepte le legs fait au conjoint, à un proche parent ou à toute autre personne telle que probablement le testateur l'eût gratifiée, quand même il aurait su que la chose ne lui appartenait pas. Dans de tels cas, le legs vaut toujours (L. 10, C., *De leg.*, VI, 37). De même, si le père de famille a légué, la croyant sienne, une chose comprise dans le pécule *castrense* de son fils, et que celui-ci vienne à mourir avant lui sans testament, le legs vaut, parce que le pécule *castrense* redevient rétroactivement un pécule ordinaire (L. 44 pr., *De leg.* 1°, XXX. — N° 297).

(2) Ce doute ressort des expressions *verius est* employées dans les deux textes que je cite.

(3) Bien entendu, ce principe n'empêche pas le légataire de profiter des accroissements naturels et des plus-values fortuites que la chose reçoit après le *dies cedens*, comme aussi de souffrir des diminutions de valeur qu'elle subit après la même époque et indépendamment du fait ou de la faute de l'héritier.

rétablies; car l'adition d'hérédité a eu pour effet de les éteindre par voie de confusion (L. 84 § 4 ; L 116 § 4, *De leg.* 1°). Faut-il, en vertu du même principe, décider que le légataire d'une chose soumise à un droit d'hypothèque, d'usufruit, ou de servitude prédiale, doit prendre la chose telle qu'elle est sans être jamais autorisé à en exiger le dégrèvement? Ou, au contraire, ne peut-on pas assimiler un pareil legs à celui qui aurait pour objet une chose appartenant partiellement à autrui? Les Institutes n'examinent la question qu'à l'égard de la chose hypothéquée, et elles la résolvent par la distinction déjà faite relativement au legs de la chose d'autrui (§ 5 *sup.*). Telle est aussi la doctrine de Paul (III, 6 § 8). Si donc le testateur a connu l'existence de l'hypothèque, si par exemple il l'a constituée lui-même, l'héritier sera tenu d'en procurer l'extinction soit en payant la dette, soit de toute autre façon. Mais ne concluons pas de là que l'hypothèque ignorée du testateur doive toujours être supportée par le légataire. On admit, en effet, que l'héritier serait tenu de dégrever la chose par cela seul que le testateur, connaissant la réalité, aurait certainement légué une autre chose. On admit de plus que, sauf volonté évidemment contraire du défunt, le légataire poursuivi par l'action hypothécaire pourrait exiger du créancier la cession de ses actions, même la tenir pour sous-entendue, et se faire indemniser par l'héritier après la vente de la chose (L. 6, C., *De fid.*, VI, 42. — L. 57, *De leg.* 1°, XXX). En ce qui concerne le legs d'une chose grevée d'usufruit, la règle paraît être que l'héritier doit ou racheter l'usufruit ou en payer la valeur au légataire, toutes les fois que le testateur a connu l'existence du droit (L. 66 § 6; L. 76 § 2, *De leg.* 2°) (1). Enfin, quant aux servitudes prédiales, le légataire est tenu de les supporter, à moins que le fonds n'ait été légué *uti optimus maximusque est* (L. 69 § 3, *De leg.* 1°, XXX).

390. *Legs de choses incorporelles.* — Je n'ai pas à revenir sur la matière déjà exposée des legs de servitudes, soit prédiales, soit personnelles (n°s 270 et 277). Je n'ai rien à dire non plus du legs ayant pour objet un fait licite, par exemple la reconstruction de la maison du légataire (§ 21 *sup.*), si ce n'est que, même dans le droit de Justinien, un tel legs n'engendre jamais que l'action personnelle. Mais quelques

(1) Si les textes n'exigent pas formellement que le testateur ait connu l'existence de l'usufruit, cela tient sans doute à ce qu'en fait il est assez difficile qu'il l'ait ignorée. Cette exigence, au surplus, ressort de l'assimilation que le premier des textes cités établit entre la chose hypothéquée et la chose grevée d'usufruit.

détails sont nécessaires sur les legs d'option, de créance ou de libération.

Legs d'option. — Ce legs, qu'il ne faut pas confondre avec celui d'un *genus*, confère au légataire la faculté de choisir un des esclaves du défunt, un de ses chevaux, ou tout autre objet rentrant dans une des catégories de choses que la succession peut comprendre. Anciennement cette faculté était considérée comme toute personnelle, d'où, avec une extrême rigueur, l'on concluait qu'un tel legs s'éteignait : 1° par la mort du légataire unique qui n'avait pas encore exercé l'option (1); 2° au cas de pluralité de légataires, par leur dissentiment; 3° enfin, si l'option avait été conférée à un tiers, par son décès ou son refus (2). Sur ces trois points, Justinien abroge l'ancien droit et décide, d'une part, qu'en cas de dissentiment entre plusieurs légataires ou entre les héritiers d'un légataire unique, le sort désignera celui qui doit exercer l'option (3); d'autre part, qu'au refus ou après le décès du tiers désigné, le droit d'opter appartiendra au légataire lui-même (§ 23 *sup.* — L. 3, pr., § 1, C., *Comm. de leg.*, VI, 43) (4). Tant que l'option n'a pas été exercée, l'héritier ne peut faire aucun acte de disposition qui puisse être opposé au légataire (L. 14, *De opt. vel elect. leg.*, XXXIII, 5).

Legs de créance. — Ce legs, à la différence du précédent, ne vaut jamais comme legs *per vindicationem*, puisqu'on ne revendique pas les créances; d'autre part, les Romains n'admettant pas qu'une créance puisse directement changer de titulaire, le droit du légataire consiste seulement à exiger que l'héritier lui cède ses actions, et, s'il s'y refuse, à agir contre le débiteur par voie d'action utile en vertu d'une cession

(1) A ce point de vue, le legs d'option ressemble au legs fait sous cette condition, *si legatarius voluerit* (L. 69, *De cond. et dem.*, XXXV, 1).

(3) ~~(2)~~ Seulement, la personne désignée par le sort doit garder la chose pour elle, et payer aux autres ayant droit la valeur estimative de leur part. S'il s'agit d'un esclave, Justinien en tarife d'avance la valeur, d'après certaines distinctions déjà signalées (page 149, note 1).

(4) ~~(3)~~ Justinien veut de plus que le choix porte sur une chose de qualité moyenne, ce qui confond à peu près le legs d'option avec le legs d'un *genus*.

(2) ~~(4)~~ Dans l'ancien droit deux autres traits originaux caractérisaient ce legs : 1° il ne comportait l'apposition d'aucune condition et d'aucun terme (L. 77, *De reg. jur.*, L, 17); 2° il ne pouvait être laissé que *per vindicationem* (Ulp., XXIV § 14). Seulement le transport de la propriété, au lieu de s'opérer au jour de l'adition, ne résultait que de l'exercice de l'option (L. 3 §§ 6 et 10, *Ad exhib.*, X, 4). Un seul cas était excepté : c'est lorsqu'au jour de l'adition le patrimoine du défunt ne comprenait plus qu'un seul objet sur lequel pût porter l'option, par exemple un seul esclave. Ici, par la force des choses, l'adition suffisait à rendre le légataire propriétaire (L. 13 pr., *De opt. vel élect. leg.*, XXXIII, 5).

sous-entendue (L. 105, *De leg.* 1°. — L. 18, C., *De leg.*, VI, 37). Ce legs est évidemment nul, lorsque la créance n'existe pas (L. 75 §§ 1 et 2, *De leg.* 1°), et il s'évanouit si d'une façon quelconque elle vient à s'éteindre du vivant du testateur (§ 21 *sup.* — L. 31 pr., *De lib. leg.*, XXXIV, 3).

Legs de libération. — Ce legs, nécessairement adressé au débiteur lui-même, peut émaner ou d'un tiers ou du créancier (L. 8 pr., *De lib. leg.*) (1). Fait par un tiers, il oblige l'héritier, soit à payer lui-même la dette, soit à obtenir d'une autre manière la libération du débiteur (§ 21 *sup.*); fait par le créancier lui-même (2), et c'est le cas de beaucoup le plus ordinaire, il donne au débiteur le droit d'exiger sa libération, mais il ne le libère pas de plein droit, attendu que les obligations ne s'éteignent que par des modes strictement déterminés, parmi lesquels la loi n'a pas compté la simple volonté du créancier. Dans la rigueur des principes l'héritier conserve donc l'action du défunt; mais s'il l'exerce, le débiteur, en faisant insérer une exception de dol dans la formule, paralysera infailliblement la poursuite (L. 49 pr., *De fidej.*, XLVI, 1). Toutefois c'est là une protection insuffisante : il faut, en effet, que le débiteur puisse se dérober même aux chances d'un procès dans lequel il est sûr de triompher; il faut surtout qu'il n'ait pas à redouter des contestations sur la validité du legs. Aussi lui permet-on d'agir *ex testamento* pour obtenir une libération conventionnelle (§ 13 *sup.*). En général, il a le droit d'exiger une acceptilation, de telle sorte que, venant à être actionné plus tard, il n'aura pas même besoin d'énoncer son moyen de défense dans la formule.

A. Cependant il est possible qu'un intérêt légitime autorise l'héritier à ne lui consentir qu'un pacte *de non petendo*. C'est ce qui arrive, par exemple, lorsque, de deux débiteurs *correi* non associés, le testateur a voulu libérer l'un seulement : par une acceptilation, l'héritier éteindrait absolument son droit contre les deux débiteurs; en se bornant à un pacte *de non petendo*, il conserve son action contre son *cor-*

(1) On conçoit aussi que le débiteur lui-même, lorsqu'il institue plusieurs héritiers, lègue à l'un d'eux sa libération, ce qui revient à imposer aux autres la charge entière de la dette (L. 20 § 5, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 69 § 2, *De leg.* 1°, XXX).

(2) Pour ce cas, la validité du legs paraît avoir été quelque temps contestée, sans doute à raison de la règle d'après laquelle nul ne peut être légataire de sa propre chose (L. 1 pr.; L. 3 pr., *De lib. leg.*, XXXIV, 3). Mais cette objection ne porte pas, le legs ayant ici pour objet, non pas de rendre le légataire propriétaire, mais bien plutôt de lui assurer qu'il ne cessera pas de l'être.

reus (L. 3 § 3, *De lib. leg.*, XXXIV, 3) (1). Mais, dira-t-on, ce pacte ne pouvant jamais valoir que par voie d'exception, en quoi rend-il la position du légataire meilleure? En ce qu'il implique de la part de l'héritier reconnaissance de la validité du legs (2). Veut-on d'autres exemples? Qu'on suppose le legs de libération adressé soit à un fidéjusseur qui, s'il avait payé, exercerait un recours efficace contre le débiteur principal, soit à celui-ci lui-même, alors que le fidéjusseur, s'étant engagé *in rem suam* ou *animo donandi*, est dépourvu de recours : dans l'un et l'autre cas, le légataire serait mal venu à exiger une acceptilation qui ferait perdre à l'héritier sa créance contre l'autre obligé et dépasserait ainsi la volonté du testateur (L. 5 pr. et § 1, *De lib. leg.*).

Reste à faire observer, d'une part, que le legs de libération, quoique s'appliquant à une dette conditionnelle ou à terme, est toujours réputé pur et simple, d'où il suit que le légataire peut agir *ante conditionem impletam* ou *ante diem* (L. 19 § 3, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2); et d'autre part, que ce legs s'éteint par l'extinction de la dette elle-même survenue du vivant du testateur (L. 7 § 4, *De lib. leg.*) (3).

(1) Si l'on suppose qu'il y a société entre les deux *correi*, celui des deux auquel seul la libération a été léguée peut certainement exiger une acceptilation, afin de se soustraire au recours de son *correus*. Ce dernier donc profitant, par voie de conséquence, d'un legs qui ne lui est pas adressé, doit-on pour cela le considérer comme étant lui-même légataire? Non, à moins que telle ne soit la volonté prouvée du défunt (L. 3 § 4, *De lib. leg.*), et si l'on recherche quel intérêt cette décision peut présenter, en voici deux : 1° pour révoquer l'avantage indirect que le legs doit procurer au *correus* non légataire, le testateur n'a pas besoin d'une disposition spéciale, il lui suffit de révoquer le legs dont cet avantage est la conséquence ; 2° si le *correus* légataire ne peut ou ne veut recueillir, le *correus* non légataire, fût-il *capax* et même *pater*, ne recueille rien non plus.

(2) Voici une hypothèse dans laquelle le legs de libération ne s'exécute ni par acceptilation ni par pacte *de non petendo :* soient deux *correi non socii* et un legs de libération fait à tous les deux ensemble ; si l'on suppose que l'un est *cœlebs* et l'autre *pater*, le premier ne peut pas recueillir, le second, outre son droit propre, doit bénéficier de la disposition devenue caduque du chef de son colégataire (n° 374). Paul décide donc que l'héritier sera tenu de déléguer le débiteur *cœlebs* au débiteur *pater*, de sorte que celui-ci non-seulement cesse d'être débiteur, mais devient créancier. Que s'il y avait société entre les deux débiteurs colégataires, l'acceptilation à laquelle le *pater* a droit profiterait par voie de conséquence au *cœlebs* (L. 29, *De lib. leg.*). Ces décisions n'ont plus de sens dans le droit de Justinien.

(3) Qui peut le plus pouvant le moins, le créancier lègue très-valablement à son débiteur un simple terme. En ce cas, l'exécution de la disposition est garantie par une exception temporaire (§ 13 *sup.*).

391. Pour compléter les explications qui précèdent, étudions un cas tout spécial, celui d'un débiteur léguant ce qu'il doit et le léguant au créancier lui-même. Ce legs, selon la nature de l'objet dû, rentre ou dans le legs de choses corporelles ou dans le legs de choses incorporelles. Si l'on tient à se rendre compte des règles les plus essentielles auxquelles il est soumis, il faut partir de cette idée qu'il ne se cumule pas avec le droit antérieur et que le créancier ne doit pas être payé deux fois. De là trois conséquences principales : 1° ce legs ne subit la réduction prononcée par la loi Falcidia que dans la mesure pour laquelle il est plus avantageux que la créance elle-même (L. 1 § 10, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2) (1); 2° de même, le fidéicommis qui serait imposé au légataire ne vaut que jusqu'à concurrence de la quantité que le legs lui procure au delà de la quantité due (L. 2, *De dot. prœleg.*, XXXIII, 4); 3° enfin, et c'est là le seul point que les Institutes mettent en relief (§ 14 *sup.*), ce legs doit assurer au légataire un avantage quelconque qui ne soit pas déjà compris dans ses droits de créancier; sinon, il est nul (L. 29, *De jur. dot.*, XXIII, 3). Pour le trouver valable, il faut donc nous placer dans des hypothèses spéciales. Par exemple la dette n'était que naturelle, grâce au legs elle va devenir civile; le débiteur pouvait se défendre par une exception, désormais elle lui échappe (L. 28 pr., *De leg.* 1°. — L. 13, *De lib. leg.*); l'action du créancier n'était que temporaire, il va avoir une action perpétuelle (2); ou bien, la dette ayant pour objet un corps certain et le legs étant laissé *per vindicationem*, il acquiert l'action réelle au lieu d'une simple action personnelle (3). Enfin, pour prendre l'exemple des Institutes (§ 14 *sup.*), la dette était conditionnelle ou à terme, elle devient immédiatement certaine ou exigible. Sur ce dernier cas, et en supposant que le legs ne procurât au créancier aucun autre avantage que celui de l'exigibilité immédiate (*repræsentatio*), les jurisconsultes se demandèrent si, le terme

(1) Si l'on dit ailleurs (L. 28 § 1, *De leg.* 1°) que la loi Falcidia est complétement inapplicable ici, cela tient à ce qu'en fait il arrive souvent qu'un pareil legs ne donne au créancier que la quantité qu'il aurait reçue à ce dernier titre.

(2) C'est peut-être à cette hypothèse spéciale qu'Ulpien fait allusion (L. 28 pr. *De leg.* 1°, XXXL.), lorsqu'il présente comme un avantage la substitution d'une action civile à une action honoraire. Car il est certain qu'en elle-même cette substitution est insignifiante.

(3) Sous Justinien, le légataire acquerra presque toujours la revendication et toujours l'action hypothécaire. Pour concevoir la nullité de la disposition, il faut donc supposer qu'il était déjà investi d'une hypothèque générale sur les biens de son débiteur, et que la dette a pour objet ou un fait ou des choses *in genere* que l'on ne trouve pas dans la succession.

ou la condition arrivant du vivant du testateur, le legs ne devenait pas nul ; et telle était, en effet, l'opinion de Paul (L. 82 pr., *De leg.* 2°), fondée sur un principe dont la fausseté sera ultérieurement démontrée (n° 399), savoir, que le legs s'évanouit lorsqu'il se produit des circonstances qui l'auraient empêché de prendre naissance. Cependant l'opinion contraire, professée par Papinien (L. 5, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2), prévalut (§ 14 *sup.*), et quand on recherche ce que le créancier pouvait gagner au maintien du legs, le voici : l'*infitiatio* et la *mora* de l'héritier lui permettaient, l'une, d'obtenir une condamnation *in duplum*, si le legs était fait *per damnationem* et donnait lieu à une *condictio certi* (Gaius, IV, § 9); l'autre, de réclamer des intérêts, si le legs était conçu dans la formule *sinendi modo* (Gaius, II, § 280) (1).

Dans le legs que je viens d'analyser rentre la *relegatio dotis* ou legs de la dot fait par le mari à sa femme. Seulement, ce legs est toujours valable, comme conférant à la femme les deux avantages suivants : 1° dans le droit classique, la dot ou la portion de la dot qui consiste en choses fongibles n'est restituable qu'en trois termes séparés les uns des autres par un intervalle d'une année et dont le premier n'échoit qu'un an après la dissolution du mariage; dans le droit de Justinien, la femme doit attendre pendant un an la restitution des meubles. Grâce au legs, au contraire, soit dans le droit classique, soit sous Justinien, elle obtient dès l'adition d'hérédité la restitution immédiate de sa dot entière (L. 1 § 2, *De dot. præl.*, XXXIII, 4) (2); 2° dans l'action *ex testamento* elle n'a pas à craindre les retenues *propter impensas utiles* qu'elle subirait dans l'action *rei uxoriæ* (L. 5, *De dot. præl.*,) (3).

(1) Il semble qu'en présence de ces avantages le maintien du legs n'aurait pas dû être discuté. Mais si l'on remarque qu'il dépend du débiteur de les enlever au créancier, on conclura de l'existence même de cette discussion que, lorsque les jurisconsultes exigent, pour la validité originaire du legs, qu'il contienne quelque chose de plus avantageux que la créance, ils ne se réfèrent qu'à des avantages inhérents au legs et indépendants de la conduite de l'héritier.

(2) Ce texte, évidemment écourté par Justinien, devait porter *annua*, *bima*, *trima die*, au lieu de *annua die*.

(3) Il est vrai que ceci paraît contredit par un texte (L. 41 § 1, *De leg.* 2°) dans lequel Javolénus établit un parallèle entre le legs de la dot fait par le mari à la femme, et le même legs mis par un tiers à la charge du mari institué. Mais en admettant, avec les interprètes les plus autorisés, que dans les dernières lignes du texte il faille retrancher, comme ajoutés par un glossateur inintelligent, les mots *ubi vir uxori relegat*, voici quelle serait la pensée du jurisconsulte : si le legs est fait par le mari, il comprend, non pas tout ce que la femme obtiendrait, mais tout ce qu'elle demanderait par l'action *rei uxoriæ*, c'est-à-dire la dot entière diminuée seulement des dépenses nécessaires. Si au contraire le legs émane d'un tiers,

Notons, enfin, que tout legs de la chose due fait par un débiteur à son créancier est nécessairement nul, lorsqu'il n'y a pas de dette. Si pourtant le testateur a expressément indiqué tel objet ou telle somme comme formant l'objet de sa dette, le legs vaut, non pas comme legs de chose due, mais comme legs ordinaire. On applique ici le principe d'après lequel la validité du legs n'est pas compromise par une *falsa demonstratio* (L. 75 § 1, *De leg.* 1°), et telle fut notamment la décision rendue à propos du *legatum dotis* par Antonin le Pieux d'abord, ensuite par Septime Sévère et Caracalla (L. 25, *De lib. leg.*, XXXIV, 3. — § 15 *sup.*).

392. Legs d'une *universitas juris.* — Les deux principaux legs de cette catégorie sont le legs partiaire (*partitio*) et le legs d'un pécule (1).

A. *Legs partiaire.* — Ce legs a pour objet une quote-part de l'hérédité (2). Mais le légataire partiaire ne doit pas pour cela être assimilé à un cohéritier, et voici notamment cinq points importants sur lesquels sa situation apparaît tout autre que celle d'un institué : 1° son droit, comme celui d'un légataire quelconque, tombe par la répudiation de l'héritier ; 2° il n'est pas copropriétaire des *res corporales*, et par conséquent il ne peut ni exercer l'action *familiæ erciscundæ* ni réclamer les fruits à compter du jour du décès (3). De ce qu'il n'est pas copropriétaire naquit une controverse sur la question de savoir s'il pouvait exiger une

comme ce tiers n'a pas pu dégager la femme de l'obligation que lui imposent les dépenses utiles faites par le mari, elle en doit subir la *deductio*, elle n'a droit qu'à ce qu'elle obtiendrait par l'action *rei uxoriæ*. Javolénus ne contredit donc pas l'opinion que j'émets. — Reste à voir ce qu'il faut décider à l'égard des autres *retentiones*. Le texte que je cite prouve que la femme n'échappe pas à la retenue *propter impensas necessarias;* car le legs ne comprend que la dot, et de telles dépenses l'ont de plein droit diminuée. Quant aux *retentiones propter liberos* ou *propter mores*, évidemment fondées sur des causes toutes personnelles au mari et qui supposent l'action *rei uxoriæ* exercée contre lui-même, il ne peut en être question ici. Sur la retenue *propter res amotas*, les textes ne s'expliquent pas ; mais je serais porté à la croire admissible nonobstant le legs, attendu que les héritiers du mari peuvent répéter les choses détournées par la femme (L. 6 § 5 ; L. 22 § 1, *Rer. amot.*, XXV, 2). Enfin, la retenue *propter res donatas* est formellement proscrite par Marcien (L. 5, *De dot. præl.*), et il est évident que c'était là une conséquence forcée du sénatus-consulte qui admettait la confirmation des donations entre époux par le prédécès du donateur (n° 310). Aussi peut-on se demander si le texte de Marcien n'est pas antérieur au sénatus-consulte, et s'il ne signifiait pas, dans la pensée de son auteur, que le legs de la dot valait confirmation de ces donations.

(1) On peut citer aussi le legs d'une hérédité déjà recueillie par le testateur.

(2) Nous en trouvons un premier exemple très-connu dans Cicéron (*pro Cecina*, 4) et un autre dans la *laudatio funebris Turiæ*.

(3) Paul lui accorde les fruits à compter de la *mora* (L. 23, *De leg.* 1°).

part de chaque chose en nature, ou s'il devait se contenter de la valeur estimative. La première opinion fut celle des proculiens, la seconde celle des sabiniens (1); et Pomponius, qui les rapporte l'une et l'autre (L. 26 § 2, *De leg.* 1°, XXX), suit la seconde toutes les fois qu'il s'agit de choses indivisibles ou qui ne peuvent être partagées sans détérioration ; pour les autres cas, il donne le choix à l'héritier ; 3° les actions héréditaires demeurent, soit activement, soit passivement, fixées en la personne de l'héritier (L. 7, C., *Act. her.*, IV, 16). Mais le légataire pouvant exiger une portion du bénéfice de chaque créance, et réciproquement devant supporter une portion de chaque dette, des stipulations réciproques interviennent entre lui et l'héritier à l'effet de garantir ces obligations ; ce sont les stipulations *partis et pro parte* (Gaius, II, §§ 254 et 257. — Ulp., XXV § 15) (2); 4° n'étant investi ni des droits de propriété, ni des créances, ni des dettes du défunt, le légataire partiaire ne peut pas exercer la *petitio hereditatis ;* 5° enfin, et par cela même que le titre d'héritier ne lui appartient pas, il n'a jamais de quarte à retenir en vertu du sénatus-consulte pégasien (L. 22 § 5, *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1).

A. Tels sont les traits qui caractérisent le legs partiaire à l'époque classique. Mais à coup sûr ils ne nous en expliquent pas la raison d'être ; ils ne nous disent pas pourquoi un testateur recourait à cette forme de disposition qui, ce semble, ne diffère d'une institution qu'en ce qu'elle en atteint moins directement et moins sûrement le but. Son origine, selon moi, se rattache aux règles très-anciennes qui gouvernaient la transmission des *sacra privata* (3). Nous savons, en effet, par Cicéron (*De leg.*, II, 19 et 20), que tout legs contenant autant ou plus que l'ensemble des institutions emportait obligation aux *sacra* du défunt, et il me paraît très-probable que, du même coup, il en affranchissait

(1) Gaius, quoique sabinien, paraît partager l'opinion proculienne, puisqu'il dit : *cum herede legatarius partitur hereditatem* (II, § 354).

(2) Par l'effet de ces stipulations, le légataire partiaire paye, s'il y a lieu, les dettes *ultra vires.*

(3) C'est assez dire que je repousse une explication consistant à présenter le legs partiaire comme un moyen d'éluder la disposition par laquelle la loi Voconia défendait aux citoyens de la première classe d'instituer des femmes. Cette explication tombe devant la règle générale qui exige des légataires la *factio testamenti* (n° 386). Vainement prétend-on que l'incapacité créée par la loi Voconia serait d'une nature toute spéciale. Oui, sans doute, elle est spéciale quant au motif sur lequel elle repose ; mais rien ne prouve qu'elle le soit aussi quant à ses effets. Et, d'une manière plus générale, chaque incapacité a son motif propre, mais toutes se ressemblent dans leurs conséquences.

les héritiers (page 789, note 1). D'autre part, la formule ordinaire du legs partiaire, telle qu'Ulpien nous l'a transmise, n'en exprimait pas la quotité, et ce même jurisconsulte nous apprend que dans le silence du testateur une jurisprudence certaine fixait cette quotité à une moitié de la succession (Ulp., XXIV § 25. — L. 164 § 1, *De verb. sign.*, L, 16). Du rapprochement de ces diverses indications que conclure? que le legs partiaire fournissait au testateur un moyen de séparer ses *sacra* de son hérédité, soit qu'il jugeât ses héritiers peu dignes de les constituer, soit qu'il voulût simplement leur épargner une charge.

A. Dès le temps de Cicéron, le traité *De legibus* (II, 20) en fait foi, le legs partiaire commençait à perdre sa signification originaire. Les pontifes, avec une casuistique de praticiens subtils, avaient mis au service du testateur un expédient consistant à ne faire la *partitio* que sous la déduction d'une somme insignifiante (*centum nummi*) ; la vocation du légataire, comprenant ainsi quelque chose de moins que les vocations réunies des héritiers, n'impliquait plus soumission aux *sacra*. Allant plus loin encore, et faussant franchement le principe ancien, les pontifes ne regardèrent plus seulement quelle était la quotité du legs, mais combien en fait le légataire avait recueilli : il lui suffisait donc de ne pas réaliser absolument tout le bénéfice de sa vocation pour avoir moins que le défunt n'avait laissé à ses héritiers et pour échapper aux *sacra*. Plus tard, quand les *sacra* eux-mêmes tombèrent dans l'oubli, le legs partiaire devint une inutilité (1); et dans le droit de Justinien il est vraisemblable qu'à raison de l'assimilation des legs et des fidéicommis il se confond avec le fidéicommis d'hérédité ; et cela nous explique pourquoi le Digeste est si sobre sur cette matière, et pourquoi aussi les Institutes ne parlent que par occasion, et comme d'une chose oubliée, soit du legs partiaire, soit des stipulations *partis et pro parte* (§§ 5 et 6, *De fid. hered.*, II, 23).

Legs d'un pécule. — Ici, en supposant la disposition formulée *per vindicationem*, le légataire devient de plein droit, par l'adition, propriétaire des objets corporels ; mais, pas plus que dans l'hypothèse du legs partiaire, les créances et les dettes ne passent directement sur sa tête. Aussi n'a-t-il pas d'action *in rem* générale qu'on puisse comparer à la pétition d'hérédité; mais il revendique en détail les choses

(1) J'explique par là certains textes du droit classique qui témoignent d'une controverse sur la validité du legs partiaire (L. 23, *De leg.* 1°. — L. 22 § 5, *Ad sct. Treb.*). Cette controverse ne peut pas remonter à une époque bien ancienne, et certainement les novateurs étaient ceux qui voulaient proscrire ce legs.

corporelles (L. 56, *De rei vind.*, VI, 1). Quant aux dettes, comme l'héritier en reste tenu par l'action *de peculio*, le légataire lui promet, soit de le défendre contre toutes poursuites, soit de l'indemniser des condamnations par lui encourues (1), et réciproquement, l'héritier promet au légataire le remboursement intégral des créances qu'il aura recouvrées ou plus directement lui cède ses actions (LL. 5 et 18, *De pec. leg.*, XXXIII, 8. — L. 1 § 7, *Quand. de pec. act. ann.*, XV, 2).

En supposant spécialement qu'il s'agisse du pécule d'un esclave, il importe à un double point de vue de distinguer si c'est à lui-même que le legs est adressé (2), ou si c'est à un tiers (*extraneus*) : 1° Le legs est-il fait à un tiers : la *diei cessio* a lieu, selon le droit commun, au jour du décès. Est-il fait à l'esclave lui-même : on la recule au jour de l'adition (n° 382). D'où la conséquence qu'en ce dernier cas toutes les acquisitions que l'esclave a réalisées *jacente hereditate* sont comprises dans le legs, tandis qu'un légataire *extraneus* ne peut réclamer que celles qui sont un produit du pécule lui-même (§ 20 *sup.* — L. 57 § 2, *De pec.*, XV, 1). 2° Fait à un tiers, ce legs, de même qu'il implique obligation de payer les dettes naturelles de l'esclave envers le maître, contient aussi le droit de recouvrer les créances naturelles de l'esclave contre le maître; fait à l'esclave lui-même, il l'oblige bien à payer les dettes, mais ne l'autorise pas à recouvrer les créances (§ 20 *sup.* — L. 6 § 4, *De pec. leg.*).

Il faut remarquer, enfin, que le legs du pécule est réputé sous-entendu en faveur de l'esclave dans la disposition par laquelle son maître déclare qu'il sera libre après avoir rendu ses comptes et acquitté le reliquat dont il pourrait être débiteur (§ 20 *sup.* — L. 8 § 7, *De pec. leg.*)

VI. — DE LA RÈGLE CATONIENNE.

Lib. II, tit. XX, *De legatis*, § 10. — Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia quod proprium est ipsius, amplius

Mais le legs est inutile, lorsqu'il a pour objet la chose même du légataire, parce que le légataire ne peut pas devenir une seconde fois

(1) Pour le cas où le pécule avait été légué à l'esclave lui-même, et *cum libertate*, Julien voulait que les dettes fussent directement poursuivies contre lui et que l'héritier n'en fût pas tenu (L. 1 § 10, *De dot. præl.*, XXXIII, 4). Mais cette opinion fut certainement repoussée, comme cela résulte de textes cités un peu plus loin.

(2) Ceci suppose essentiellement que l'esclave a été ou affranchi ou légué à un tiers; sans quoi le legs serait nul (n° 386).

ejus fieri non potest, et, licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa, nec æstimatio ejus.

propriétaire de ce qui lui appartient déjà; et, encore qu'il ait aliéné la chose, elle ne lui est pas due, non plus que son estimation.

§ 32. — An servo heredis recte legamus, quæritur. Et constat pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit; quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, non hoc ideo debet valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis sit.

On se demande si nous pouvons faire un legs à l'esclave de l'héritier. Et il est constant que, fait purement et simplement, ce legs est inutile, et ne produit pas son effet, bien que du vivant du testateur le légataire soit sorti de la puissance de l'héritier; cela parce qu'un legs qui serait inutile si le disposant mourait aussitôt après avoir testé, ne peut pas devenir valable par la prolongation de l'existence du testateur. Mais ce legs est valablement fait sous condition, de telle sorte qu'il y a lieu de rechercher si au jour du *dies cedens* le légataire est encore sous la puissance de l'héritier.

§ 33. — Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur; nam, et si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui heres sit dies legati cedere intelligitur; quum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si, priusquam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficiatur : quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

A l'inverse, un esclave étant institué héritier, la validité du legs fait à son maître même sans condition n'est pas douteuse; car le testateur mourût-il même aussitôt après avoir fait son testament, le *dies cedens* ne fixerait pas le droit au profit de l'héritier, puisque l'hérédité est séparée du legs, et que si, avant d'avoir fait adition par l'ordre de son maître, l'esclave est aliéné, un autre deviendra héritier par son intermédiaire, et que s'il est affranchi, il le deviendra lui-même; or dans ces cas le legs a son effet. Que si l'esclave ne change pas de condition et fait adition par l'ordre du légataire, le legs s'évanouit.

393. La validité d'un legs quelconque suppose, on l'a déjà vu, outre

la confection d'un testament régulier et certaines conditions de forme déterminées, que le légataire possède la *factio testamenti* au jour même de la disposition et qu'à ce même jour la chose est dans le commerce. L'une de ces deux conditions manquant, l'exécution actuelle du legs serait empêchée par un obstacle que l'on considère comme naturellement permanent et absolu, bien que des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent le faire disparaître. Pour cela, et quoique la disposition ne soit pas destinée à être exécutée dès à présent, on la regarde comme immédiatement nulle, et elle reste telle, encore que le légataire vienne à acquérir la *factio testamenti*, ou la chose léguée à tomber dans le commerce du vivant du disposant. Mais il est possible que, ces conditions essentielles étant remplies, l'exécution du legs dût pourtant rencontrer au jour de la confection du testament un obstacle accidentel, temporaire, et dont il est aisé de prévoir la disparition. Fallait-il, en pareil cas, traiter le legs comme valable, sauf à lui refuser tout effet si, au jour de la *diei cessio*, l'obstacle subsistait encore? ou, au contraire, devait-on le tenir pour nul, quoi qu'il arrivât? La question, on le voit, se ramenait à savoir si l'on devait appliquer ici le principe général d'après lequel les dispositions testamentaires ne valent, comme les clauses d'un contrat, qu'autant qu'elles comportent la possibilité d'une exécution immédiate. La jurisprudence fut fixée à cet égard par la règle catonienne dont le nom même indique qu'elle remonte à Caton le Censeur ou à son fils (1). Cette règle, très-peu raisonnable, puisque son point de départ consiste à traiter comme faite pour le présent une disposition évidemment faite pour l'avenir; cette règle, dis-je, repose sur une fiction et peut se formuler ainsi : Le legs est nul, quoi qu'il arrive, toutes les fois que le décès du testateur survenant aussitôt après la confection du testament aurait pour conséquence certaine de rendre la naissance du droit impossible (L. 1 pr., *De reg. Cat.*, XXXIV, 7). Il est bien manifeste que cette formule ne s'applique pas aux legs conditionnels, ni plus généralement à ceux dont le *dies cedens* est reculé au delà de l'ouverture de l'hérédité (L. 3, *De reg. Cat.*) (2). Et, en effet,

(1) Tous les deux, et surtout le second, furent célèbres comme jurisconsultes (L. 2 § 38, *De orig. jur.*, I, 2).

(2) On a vu (n° 382) que sous les lois caducaires la *diei cessio* ne se place jamais plus au moment du décès, d'où quelques interprètes ont conclu qu'elles avaient abrogé la règle catonienne. Mais l'ensemble des textes proteste contre cette conclusion. La vérité est que dans l'application de la règle catonienne on ne tient compte, à aucun point de vue, de l'existence des lois caducaires et plus généralement des *leges novæ*. Tel est, à mes yeux, le sens de cette phrase célèbre : « *Regula Cato-*

la mort du testateur fût-elle immédiate, qui est-ce qui pourrait assurer que l'obstacle actuel n'aura pas disparu avant l'arrivée du *dies cedens*, et qu'en conséquence le droit ne se fixera pas? Ces legs valent donc; je veux dire qu'ils s'exécutent si l'état de choses actuel disparaît avant la *diei cessio*, tandis qu'à l'inverse ceux que la règle catonienne atteint demeurent nuls malgré la disparition du motif qui les a condamnés dès le début (1).

394. Les Institutes nous présentent deux applications remarquables de la règle catonienne :

1° Toute disposition pure et simple ayant pour objet la chose même du légataire est nulle et reste nulle nonobstant l'aliénation qu'il en pourrait consentir du vivant du testateur (§ 10 *sup.*) (2). Que cette nullité dérive seulement de la règle catonienne, cela est évident, puisque le même legs serait valablement laissé à toute autre personne. Ce qui dans l'espèce le rend nul, ce n'est donc pas le caractère de la chose, mais la relation existant entre elle et le légataire, relation qui, dans l'hypothèse d'un décès immédiat du testateur, rendrait la fixation du droit impossible, attendu que nul ne peut ni acquérir la propriété

niana ad novas leges non pertinet » (L. 5, *De reg. Cat.*). D'une part donc, la règle catonienne conserve entier le domaine que lui avait fait la jurisprudence antérieure aux *leges novæ;* d'autre part, ces lois n'ajoutent rien à son domaine, d'où il suit qu'elle n'infirme pas le legs pur et simple laissé à un Latin Junien ou à un *cœlebs*. En d'autres termes, en matière de legs aussi bien que d'institution, le *jus capiendi* ne s'apprécie qu'à l'époque du décès et dans les cent jours qui suivent.

(1) Un legs mis purement et simplement à la charge d'un héritier institué sous condition doit-il être lui-même traité comme conditionnel et échapper à la règle catonienne? La négative est décidée par Gaius (L. 107, *De cond. et dem.*), et elle est conforme à la règle générale d'après laquelle les conditions extrinsèques n'empêchent pas la *diei cessio* de se placer au moment du décès (n° 382). Toutefois on a allégué en sens contraire une loi portant que la règle catonienne ne s'applique pas *ad institutiones conditionales* (L. 4, *De reg. Cat.*). La véritable signification de cette loi, si elle en a une, est bien difficile à saisir, et il est certain qu'on ne peut pas la prendre dans son sens littéral et apparent, puisque la règle catonienne ne s'applique pas aux institutions même pures et simples (L. 3, *De reg. Cat.*).

(2) Un texte de Celsus semble dire au contraire que le legs vaut, lorsque le légataire a aliéné la chose du vivant du testateur (L. 1 § 2, *De reg. Cat.*). Mais plusieurs interprètes estiment que le jurisconsulte se réfère à un legs fait sous cette condition : *si le légataire aliène la chose du vivant du testateur.* Il est certain, en effet, que grâce à cette condition le legs vaut (L. 18, *De leg.* 2°, XXXI) comme vaudrait la stipulation d'une chose *si mea esse desierit* (n° 508). Cette explication est donc très-raisonnable en elle-même, et de plus elle s'adapte très-bien à l'ensemble du texte de Celsus. Cependant une controverse sur notre hypothèse n'aurait rien d'étonnant en présence de celle que je rapporte un peu plus loin sur l'hypothèse du § 32 *De legatis.*

qu'il a déjà, ni devenir créancier de sa propre chose. Cela étant, la validité de ce même legs fait conditionnellement ne souffre aucune difficulté; car quand même le testateur mourrait immédiatement, le légataire pourrait encore aliéner sa chose avant le *dies cedens* (L. 41 § 2, *De leg.* 1°).

2° Le legs pur et simple adressé à l'esclave de l'institué est nul (§ 32 *sup.*). Ici encore il est de toute évidence que la nullité n'a pas sa cause dans un obstacle absolu, mais seulement dans la règle catonienne, puisque, par hypothèse, l'institué est investi de la *factio testamenti*, et par conséquent la prête à son esclave. La nullité tient donc à la relation particulière qui rattache le légataire à l'institué, relation telle que, dans la supposition du décès immédiat du testateur, le droit ne pourrait se fixer qu'au profit de l'institué lui-même, ce qui aboutirait à cette contradiction de cumuler dans la même personne le bénéfice et la charge. De là, comme dans la précédente hypothèse, cette conséquence, que le legs vaudrait s'il était conditionnel; car, malgré la mort immédiate du testateur, il pourrait produire son effet par l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave avant le *dies cedens* (1). La doctrine que je viens d'exposer était celle de l'école sabinienne, mais elle ne prévalut pas sans de graves dissidences (Gaius, II, § 244). D'après les proculiens, le legs conditionnel devait être annulé comme le legs pur et simple, sous ce prétexte que nul ne peut être débiteur, même sous condition, des personnes placées en sa puissance. Servius Sulpicius, au contraire, avait pensé que le legs même pur et simple devait être considéré comme valable, sauf à s'évanouir si le légataire se trouvait encore en la puissance de l'institué au jour du *dies cedens* (2). Les proculiens oubliaient que le légataire conditionnel ne devient créancier que par l'événement de la condition (L. 42 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7). Quant à Servius Sulpicius, il méconnaissait la règle catonienne pour aboutir à une solution incontestablement plus sage que celle qui a prévalu (3).

(1) Par cette décision on voit facilement que la nullité du legs pur et simple laissé à l'esclave de l'institué n'est pas une simple conséquence de la nullité du legs qui serait fait à l'institué lui-même. En effet, à l'égard de ce dernier legs, on ne distingue pas s'il est pur et simple ou conditionnel (n° 386).

(2) L'opinion de Servius Sulpicius eut certainement d'autres partisans (Théophile, sur le § 32 *sup.*).

(3) Comme le legs, le fidéicommis est nul quand il a pour objet la chose du destinataire (L. 13, C., *De leg.*, VI, 37), ou qu'il est adressé à l'esclave de l'institué (L. 8 § 1, *De leg.* 3°. — L. 30 § 8, *Ad leg. Falc.*). Ces décisions prouvent que la

Ces explications ont besoin d'être complétées par les trois remarques suivantes : 1° pour que le legs fait à l'esclave de l'institué soit entièrement nul, il faut supposer une seule institution. S'il y en a plusieurs, la nullité n'est admissible que proportionnellement à la part héréditaire de l'institué qui a la propriété de l'esclave légataire ; 2° les décisions et la controverse que je viens d'exposer s'appliquent également au legs laissé à une personne qui se trouve sous la puissance paternelle, la *manus* ou le *mancipium* de l'institué (Gaius, II § 244. — Ulp., XXIV § 23); 3° enfin, si, renversant l'hypothèse prévue, on suppose le legs fait au maître de l'esclave institué, rien ne l'empêche de valoir; car, le testateur vînt-il à mourir immédiatement, le maître pourrait affranchir ou aliéner son esclave avant de lui donner l'ordre de faire adition, et alors sans doute le droit au legs se serait bien fixé à son profit dès l'instant du décès ; mais qu'importe, puisqu'il ne serait pas héritier et par conséquent ne cumulerait pas le bénéfice et la charge? Ce legs, même pur et simple, produirait donc son effet, pourvu qu'au moment de l'adition l'institué fût sorti de la puissance du maître § 33 *sup.*) (1).

A. La règle catonienne annule encore : 1° le legs pur et simple de matériaux actuellement incorporés à une construction. — En effet, un sénatus-consulte prohibait la démolition des maisons, et par suite la disposition des éléments dont elles se composent. Si donc, ce qui est incontestable, les matériaux ne sont pas hors du commerce par leur nature et d'une manière définitive, le fait passager de leur incorporation les y place temporairement, et ils s'y trouveraient à l'instant du *dies cedens*, si le testateur mourait dès qu'il a achevé d'écrire ses dispositions (L. 41 §§ 1 et 2, *De leg.* 1°. — L. 52, *De contr. empt.*, XVIII, 1) ; 2° le legs pur et simple fait à un *servus proprius* que le testateur affranchit sous condition, toutes les fois que la condition est de nature à ne pouvoir s'accomplir que *post aditam hereditatem* ou que l'institué est un *necessarius*. — Ici, en effet, par la mort immédiate du testateur le *dies cedens* se fixerait nécessairement au profit de l'héritier, puisque, *pendente conditione libertatis*, l'esclave doit lui appartenir (L. 91 § 1, *De leg.* 1°. — L. 86, *De cond. et dem.*, XXXV, 1);

règle catonienne, quoi qu'en aient dit quelques interprètes, s'appliquait aux fidéicommis comme aux legs, et que par conséquent Justinien, en confondant ces deux sortes de dispositions, n'a pas pu la faire disparaître.

(1) Même observation pour le cas où le legs serait adressé au père du fils de famille institué (L. 17, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2).

3° le legs fait à un *servus proprius* non affranchi, lorsque l'option d'un esclave a été léguée à un tiers et que l'institué est un *necessarius*. Qu'on suppose, en effet, la mort immédiate du testateur, et le legs adressé au *servus proprius* ne pourrait être acquis qu'à l'héritier, ce qui est inadmissible. Tout au contraire, l'institution d'un *extraneus* suffit à rendre ce legs valable ; car le testateur aurait beau mourir immédiatement, sa *familia* pourrait, au jour de l'adition, se trouver réduite au seul esclave légataire; et alors, cet esclave devenant par l'adition la propriété du légataire d'option, le legs qui lui est adressé à lui-même vaudrait comme legs fait à un esclave légué (L. 13 pr., *De opt. vel elect. leg.*, XXXIII, 5) (1).

VII. — DU DROIT D'ACCROISSEMENT.

Lib. II, tit. XX, *De legatis*, § 8. — Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat : *Titio et Seio hominem Stichum do lego;* disjunctim ita : *Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego.* Sed et si expresserit *eumdem hominem Stichum*, æque disjunctim legatum intelligitur.

Si la même chose a été léguée à deux personnes, soit conjointement, soit disjointement, et que toutes les deux arrivent au legs, il se partage entre elles; si l'une des deux n'arrive pas, soit qu'elle répudie ou qu'elle soit morte du vivant du testateur, ou pour toute autre raison, le legs appartient tout entier au colégataire. Or le legs est fait conjointement dans les termes suivants : *Je donne et lègue l'esclave Stichus à Titius et à Séius;* disjointement, de cette façon : *Je donne et lègue Stichus à Titius, je donne et lègue Stichus à Séius.* Mais si la disposition porte *le même esclave Stichus*, le legs est encore réputé fait disjointement.

(1) Est-ce par application de la loi catonienne qu'anciennement la chose léguée *per vindicationem*, et encore, dans le droit de Justinien, l'esclave affranchi *directo*, devait appartenir au testateur dès le jour de la confection du testament? L'affirmative, admise sans aucune preuve par quelques interprètes, conduirait logiquement à rejeter cette exigence pour le cas où la disposition serait conditionnelle. Bien plus certainement encore, ce n'est pas la règle catonienne qui annule le legs que le testateur fait à son propre esclave sans lui donner la liberté directe ni le léguer *per vindicationem* à un tiers; car les textes rejettent le legs, sans distinguer s'il est pur et simple ou conditionnel (n° 386).

395. En principe, le legs non recueilli par son destinataire demeure *in hereditate*, c'est-à-dire que l'héritier grevé se trouve purement et simplement déchargé. Le droit d'accroissement apporte à ce principe une exception tout à fait logique. Pour la comprendre, il faut supposer que deux légataires ont reçu une vocation également pleine à la même chose. S'ils arrivent tous les deux, le droit de chacun se trouvant limité par le concours de l'autre, ils sont bien forcés de se partager la chose qu'ils ne peuvent pas l'un et l'autre avoir tout entière; mais par cela même qu'ils ne reçoivent rien de plus que la chose, leur arrivée simultanée n'aggrave pas la charge de l'héritier. Si donc l'un fait défaut, cette charge ne saurait être allégée ; seulement celui qui arrive seul, ne rencontrant plus d'obstacle au plein exercice de son droit, prend la chose tout entière. Quand donc on dit qu'il joint à sa propre part la part du défaillant, on s'exprime mal : la vérité est qu'il ne prend pas cette part comme successeur de son colégataire, mais comme ayant cause direct du testateur qui lui avait attribué le tout; et ce qu'on appelle droit d'accroissement, c'est précisément cette plénitude d'effet rendue à sa vocation personnelle par le défaut de son colégataire (*Fr. Vat.*, § 79. — L. 80, *De leg.* 3°, XXXII). Ce droit, comme on le voit, repose ici sur le même fondement qu'entre cohéritiers, savoir l'identité de vocation (1). Il a donc aussi même nature; et par suite, s'ouvrant après l'acceptation de l'un des colégataires, il rétroagit et s'opère *portionis portioni* (L. 17 § 1; LL. 34 et 35, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2). De même il n'entraîne soumission à aucune des charges qui avaient été personnellement imposées au défaillant (L. 30, *De cond. et dem.*, XXXV, 1. — n° 363). Seulement, tandis qu'entre cohéritiers l'identité de vocation dérive, que le testateur l'ait voulu ou non, de l'indivisibilité de l'hérédité, en matière de legs elle ne peut résulter que de sa volonté expresse ou présumée (2). Il est donc essentiel de rechercher à quels

(1) Cette idée ressort, avec beaucoup de clarté, d'un texte de Celsus (L. 20, *De leg.* 2°, XXXI). Un legs ayant été laissé, dit-il, à un esclave commun, et l'un des deux maîtres l'ayant répudié, l'autre ne peut pas se prévaloir du droit d'accroissement; car les deux maîtres n'avaient pas une vocation commune, chacun était appelé à une part.

(2) Sans doute le legs est aussi indivisible que l'hérédité, en ce sens que le légataire lui-même ne peut pas l'accepter pour partie et le refuser pour partie (Paul, III, 6 § 12). Mais quand il meurt sans s'être prononcé, son droit au legs se divisant nécessairement entre les héritiers, chacun d'eux prend le parti qui lui convient; et s'il y en a un qui répudie, sa part, au lieu d'accroître à ses propres cohéritiers, reste entre les mains de l'héritier grevé du legs (L. 38 pr., *De leg.*, 1°).

signes on reconnaîtra cette volonté, et, pour cela, il faut distinguer entre les quatre espèces de legs.

1° Legs *per vindicationem*. — Le droit d'accroissement est admis, ou, ce qui revient au même, l'identité de vocation existe dans deux cas : 1° il y a deux dispositions faites en deux phrases distinctes ainsi qu'il suit : *Titio fundum do lego, Seio eumdem fundum do lego;* 2° les deux dispositions sont réunies en cette seule phrase : *Titio et Seio fundum do lego*. A raison de la forme employée par le testateur, on dit, dans le premier cas, que le legs est fait *disjunctim*, dans le second cas, qu'il est fait *conjunctim*. Ce qui dans l'une et dans l'autre hypothèse met en lumière l'identité de vocation, c'est le défaut d'assignation de parts : si, en effet, le testateur eût déterminé la quotité à laquelle il appelait chaque légataire, il y aurait deux vocations peut-être égales, mais non pas identiques, deux vocations juxtaposées sur la même chose plutôt qu'ayant véritablement le même objet. Mais ici quelle peut être la pensée du testateur? Évidemment celle-ci : ou les deux légataires arriveront ensemble, et alors, comme le legs a pour objet un droit de propriété et que la propriété entière d'une même chose ne peut pas appartenir simultanément à deux personnes, ils partageront; ou bien un seul arrivera, et alors il prendra le fonds tout entier (Gaius, II, § 199. — Ulp., XXIV § 12. — L. 85, *De leg.* 1°, XXX) (1).

2° Legs *per damnationem*. — Ici l'accroissement n'a jamais lieu, parce qu'il n'y a jamais identité de vocation. Et en effet, le legs est-il laissé *disjunctim :* comme il ne tend qu'à établir un droit de créance et que rien ne s'oppose à l'existence simultanée de deux créances ayant le même objet, les deux légataires venant ensemble obtiennent, à l'exemple de deux personnes qui auraient fait chacune une stipulation distincte, l'un la chose elle-même et l'autre son estimation (2). Le legs,

(2) ~~(1)~~ Dans le droit de Justinien, alors même que la nature de la chose léguée rend la revendication impossible, les deux légataires venant ensemble n'ont jamais droit chacun qu'à la moitié du legs (L. unic. § 11, C., *De cad. toll.*, VI, 51). Justinien a donc eu tort de reproduire des textes conçus dans la doctrine contraire (L. 82 § 5. — L. 114 § 19, *De leg.* 1°. — L. 13, *De leg.* 2°).

(1) ~~(2)~~ Il est possible que le legs soit fait à la fois *disjunctim* et *conjunctim*, c'est-à-dire qu'une même chose ait été léguée à Primus par une phrase distincte, puis par une autre phrase à Secundus et à Tertius, le tout sans assignation de parts. En pareil cas, Secundus et Tertius, conjoints ensemble, ne comptent entre eux deux que pour un seul légataire. Venant l'un et l'autre avec Primus, ils n'ont ensemble qu'une moitié; donc aussi, l'un des deux manquant, cette moitié appartient tout entière à l'autre *conjunctus*, et, à moins que tous les deux ne fassent défaut, il ne saurait être

au contraire, est-il laissé *conjunctim :* par application de la règle d'après laquelle les créances conjointes se partagent de plein droit, chacun dès le principe n'a vocation qu'à la moitié de la chose, comme si le testateur la leur eût expressément partagée; et si par exemple la disposition est nulle dès le début à l'égard de l'un des légataires, le droit de l'autre n'en demeure pas moins restreint à sa part (L. 16 pr.; L. 34 § 9, *De leg.* 1°). C'est ce que l'on exprime par cette formule : *Damnatio partes facit.* Il suit de là que, les deux légataires ne perdant jamais rien à venir ensemble, ni l'un ni l'autre ne peut rien gagner non plus à venir seul (Gaius, II, § 205. — Ulp., XXIV § 13) (1).

A. 3° Legs *sinendi modo.* — Le legs étant supposé fait *disjunctim,* une controverse partageait les jurisconsultes (Gaius, II, § 215) : les uns, par une conséquence très-logique de la doctrine qui considérait l'héritier comme obligé seulement à laisser prendre et non pas à donner, autorisaient le colégataire qui se présentait le premier à prendre la chose entière et à annuler ainsi le droit de l'autre. Dans un second système, déduit de l'opinion qui voyait dans le legs *sinendi modo* le principe d'une obligation de donner, chaque légataire était réputé créancier *in solidum,* de sorte que l'héritier devait fournir à l'un la chose elle-même, à l'autre l'estimation (2). Ce qui est clair, c'est que l'une et l'autre opinion aboutissaient à nier la possibilité du droit d'accroissement. Que si le legs avait été fait *conjunctim,* sans aucun doute la créance était réputée se partager de plein droit, ce qui excluait encore l'accroissement (*Fr. Vat.*, § 85).

4° Legs *per præceptionem.* — Quoique très-divisées sur la nature de ce legs, les deux écoles s'accordaient, qu'il fût fait *disjunctim* ou *conjunctim,* à admettre le droit d'accroissement; car, le testateur ayant voulu donner à chaque légataire un droit sur la chose entière, sur la

question d'accroissement pour Primus (L. 34 pr., *De leg.* 1°, XXX. — L. 26 § 1, *De us. et usuf. leg.*, XXXIII, 2).

(1) Supposons la chose d'autrui léguée à deux personnes *per vindicationem.* La disposition ne valant qu'en vertu du sénatus-consulte néronien, si elle a été faite *conjunctim,* sans aucun doute elle se divise entre les deux légataires, et il n'y a pas lieu au droit d'accroissement. Mais si elle a été faite *disjunctim,* faut-il dire que les légataires, arrivant l'un et l'autre, obtiendront l'un la chose, l'autre l'estimation? Je ne le pense pas; car telle n'a pas été la volonté du testateur. Mais du moins, l'un des deux venant à manquer, l'autre pourra-t-il prétendre au tout? Je ne le pense pas non plus, car le legs a perdu son caractère de legs *per vindicationem.*

(2) Cette seconde opinion a laissé une trace évidente dans un texte de Celsus (L. 14, *De us. et usuf. leg.*, XXXIII, 2).

chose elle-même, le concours entraînait partage comme en cas de legs *per vindicationem;* nécessairement donc, la défaillance de l'un laissait à l'autre le plein profit de sa vocation personnelle (Gaius, II, § 223).

396. Telle est dans sa pureté primitive la théorie classique du droit d'accroissement. Mais sous l'empire des lois caducaires, l'application en fut réduite à peu de chose. Voici, en effet, des décisions certaines relativement au legs *per vindicationem*, et il n'est pas téméraire de les étendre au seul autre legs qui comportât le droit d'accroissement, au legs *per præceptionem*. D'abord il est évident que la disposition qui échappe à l'un des colégataires pour une cause postérieure à la confection du testament est forcément ou caduque ou *in causa caduci*, par conséquent dévolue aux *patres* (Gaius, II, § 206). Mais cette dévolution s'opère-t-elle toujours dans l'ordre précédemment exposé (n° 374)? La loi Papia Poppæa exprimait elle-même que le colégataire conjoint, pourvu qu'il fût *pater*, serait préféré aux autres *patres*, même aux héritiers (Gaius, II, § 207) (1). Mais cette loi n'ayant pas déterminé le sens qu'elle attribuait au mot *conjunctus*, fallait-il ici le prendre dans sa signification ordinaire? Paul, examinant la question (L. 89, *De leg.* 3°, XXXII), distingue des *conjuncti re tantum*, des *conjuncti re et verbis*, et des *conjuncti verbis tantum* (2). Ce qu'il appelle *conjunctio re*, c'est l'identité de vocation (3), tandis que la *conjunctio verbis* consiste dans le simple rapprochement de deux noms en une même phrase. Cela étant, les *conjuncti re tantum* sont ceux à qui la même chose a été léguée par deux phrases distinctes et sans assignation de parts. Ce sont donc ceux que la langue ordinaire appelle *disjuncti;* partant, à moins de supposer que la loi Papia avait entendu changer le sens des mots, il était impossible de les préférer aux héritiers *patres*, de sorte que de l'aveu de tous les jurisconsultes la dévolution du *caducum* restait ici soumise au droit commun. Quant aux *conjuncti re et verbis*, ce sont ceux qu'une même phrase appelle sans assignation de parts, ce sont

(1) Le plus grand nombre des jurisconsultes appliquait même en cas de legs *per damnationem*, et probablement aussi de legs *sinendi modo*, la disposition de la loi Papia Poppæa sur le *conjunctus*, cela sans doute parce que la loi n'avait pas exprimé sur quelle espèce de legs elle statuait. Quant au legs *per damnationem* fait *disjunctim*, la non-arrivée de l'un des colégataires continua, paraît-il, de ne profiter qu'à l'héritier grevé (Gaius, II, § 208, — Ulp., XXIV § 13).

(2) Paul emploie la même terminologie à l'égard des héritiers (L. 142, *De verb. sign.*, L, 16).

(3) Telle est aussi, d'après Celsus, l'idée essentielle qu'éveille le mot *conjunctio* (L. 20, *De leg.* 3°, XXXI. — L. 89, *De leg.* 3°, XXXII)

donc ceux que la langue vulgaire qualifie *conjuncti*, et par conséquent leur droit à primer les héritiers *patres* ne pouvait faire doute pour personne. Enfin, les *conjuncti verbis tantum* sont ceux qu'une même phrase appelle en leur assignant des parts distinctes. Sans doute, quand il est question d'accroissement, ils ne sont pas, ils ne peuvent pas être compris dans le mot *conjuncti*, puisque l'identité de vocation, seule base de ce droit, leur fait défaut. Mais, à ne regarder que la forme, car c'est à la forme seule que se réfère ordinairement ce mot, ne pouvait-on pas les appeler *conjuncti*, et en conséquence leur donner la préférence sur les héritiers *patres?* Telle est, en effet, l'opinion de Paul, et cette opinion est tout à la fois bienveillante pour le légataire et plus voisine peut-être de la véritable intention du défunt que celle qui donnerait la préférence aux héritiers *patres* (1). Au surplus, il y aurait inexactitude profonde à dire que les lois caducaires conservent le droit d'accroissement entre légataires conjoints; car le conjoint qui recueille la disposition devenue caduque ou quasi caduque du chef de son colégataire n'arrive qu'à titre de *pater* et selon les règles particulières au *jus caduca vindicandi*.

397. Que si l'on recherche maintenant quelle place les lois caducaires laissaient au droit d'accroissement, ce droit ne pouvait plus s'appliquer que dans quatre hypothèses que j'ai déjà fait connaître (page 949, note 1). Mais, en abrogeant ces lois, Justinien lui rendait son ancienne importance; il la lui rendait même très-considérablement augmentée, puisque désormais un legs quelconque devait produire, à moins d'obstacles tenant à la nature même des choses, tous les effets jadis attachés au legs *per vindicationem*. Est-ce à dire, comme on le pourrait croire à la lecture des Institutes (§ 8 *sup.*), que Justinien se borne à consacrer, en leur donnant seulement une plus large application, les règles classiques du droit d'accroissement? Non; amalgamant ces règles avec celles du droit caducaire, il distingue entre le legs laissé *disjunctim* et le legs laissé *conjunctim :* dans le premier cas, l'accroissement sera forcé et s'opérera *sine onere;* dans le second cas, à l'exemple de la *caducorum vindicatio*, il sera faculta-

(1) Pendant longtemps, le texte de Paul (L. 89, *De leg.* 3°) dont je viens de rendre compte a été appliqué par les interprètes au droit d'accroissement, et alors il donnait ce résultat nettement absurde qu'un pareil droit aurait été reconnu à des légataires qui n'ont pas identité de vocation et dénié à d'autres légataires qui ont cette vocation commune. La découverte des commentaires de Gaius ne permet plus aujourd'hui une telle erreur.

tif et emportera soumission aux *onera*. La pensée de Justinien est probablement que, le legs étant fait *disjunctim*, l'identité de vocation des deux légataires est certaine, tandis que, lorsqu'il est fait *conjunctim*, on ne sait pas si le testateur n'a pas exclusivement disposé en prévision du cas où les légataires arriveraient l'un et l'autre; on peut donc douter qu'il ait entendu donner à chacun une vocation éventuelle au tout (1). Cette distinction, qui, comme on le voit, aboutit à fausser le principe même du droit d'accroissement, ne s'applique qu'aux dispositions qui manquent leur effet par une circonstance postérieure à la confection du testament; quant à celles qu'on répute non écrites, Justinien déclare ne pas innover (L. *unic.* §§ 3 et 11, C., *De cad. toll.*, VI, 51).

398 *a*. Je termine par l'indication de quelques dérogations au droit commun en ce qui concerne le legs d'usufruit :

1° D'abord, sous l'empire des lois caducaires, la théorie de l'accroissement conserve ici toutes ses applications antérieures; elle en acquiert même de nouvelles, à raison des déchéances établies par ces lois. Ces déchéances, en effet, s'appliquent sans difficulté au legs d'usufruit, mais il est de toute évidence qu'un tel legs ne peut jamais donner lieu à l'exercice du *jus patrum;* sans quoi, la personne de l'usufruitier changeant, le droit lui-même serait modifié dans ses conditions essentielles : attaché à une personne qui ne serait plus celle que le défunt avait choisie, ce droit aurait nécessairement une durée plus longue ou plus courte que celle qui lui était destinée d'après le testament. Soit donc un usufruit légué *per vindicationem* à Primus et à Secundus; si Primus est célibataire, s'il répudie, ou si une cause quelconque, même postérieure au testament, l'empêche de recueillir, il suffira à Secundus d'avoir la *solidi capacitas* pour bénéficier du droit d'accroissement.

2° Supposons le legs déjà recueilli et partagé par les deux légataires. S'il avait pour objet un droit de propriété, le décès postérieur de l'un d'eux entraînerait transmission de sa part à ses héritiers. Mais la transmission héréditaire d'un usufruit n'étant pas possible, il faut dire

(1) Les interprètes se sont demandé si dans le droit de Justinien l'accroissement ne devait pas être admis en cas de *conjunctio verbis tantum*. Je ne le pense pas, et ce qui détermine ma conviction, ce n'est pas seulement que le droit d'accroissement n'a aucune base en pareil cas, c'est aussi que Justinien ne paraît pas du tout se préoccuper de cette espèce de *conjunctio ;* car, pour définir le legs fait *conjunctim*, il se borne à copier Gaius (§ 8 *sup.*).

ci que l'obstacle que le concours du légataire aujourd'hui mort avait apporté à la plénitude du droit de son colégataire disparaît, et qu'en conséquence celui-ci acquiert désormais la moitié qui lui avait d'abord échappé (1). Et en cela rien que de tout à fait conforme à la volonté du défunt, qui préférait certainement son légataire à ses propres héritiers (*Fr. Vat.*, § 77. — L. 1 § 3, *De usuf. accr.*, VII, 2). La même décision s'applique pour le même motif, si l'on suppose, non pas la mort, mais la *capitis deminutio* de l'un des légataires.

3° L'accroissement ne s'opère pas *portioni*, mais *personæ*, et cela parce que l'usufruit ne peut appartenir qu'à la personne même que le testateur a eue en vue. Supposons donc le legs fait à trois personnes, Primus, Secundus et Tertius; si Primus meurt après avoir accepté, et qu'ensuite Tertius répudie ou devienne incapable, sa part accroît seulement à Secundus, tandis que, s'il s'agissait d'un legs de propriété, elle se partagerait entre Secundus et les héritiers de Primus. Pareillement, si de deux légataires l'un a intenté l'action *confessoria* et a succombé pour une cause qui n'implique pas inexistence de son droit, par exemple pour *plus-petitio*, cela ne lui ôtera pas, son colégataire venant plus tard à mourir ou à subir une *capitis deminutio*, le bénéfice du droit d'accroissement, et il n'aura pas à craindre de se voir opposer l'exception *rei judicatæ* (L. 33 § 1, *De usuf.*, VII, 1. — L. 10, *De usuf. accr.*, VII, 2. — L. 14 § 1, *De except. rei jud.*, XLII, 2) (2).

VIII. — DE LA RÉVOCATION ET DE L'EXTINCTION DES LEGS.

Lib. II, tit. XX, *De legatis*, § 6. — Si res aliena legata fuerit, et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex causa

Quand la chose d'autrui a été léguée et que le légataire en est devenu propriétaire du vivant du testateur, si c'est à titre d'achat, il peut en obtenir le prix par l'action *ex testamento*; si c'est à titre gratuit, par exemple par donation ou autre

(1) Outre ce motif, les textes cités plus bas paraissent en donner un autre, en disant que l'usufruit *quotidie constituitur*. A coup sûr, cette façon de parler ne signifie pas que tous les jours naisse un usufruit nouveau; cela n'est vrai que de l'usufruit constitué *in singulos dies*. Que veulent donc dire ces textes? Que l'usufruit exige tous les jours l'existence d'un usufruitier; qu'à la différence du droit de propriété, qui subsiste sans propriétaire, l'usufruit s'éteint s'il n'y a plus d'usufruitier.

(2) D'autres particularités relatives au legs d'usufruit sont indiquées dans les *Fragmenta Vaticana* (§ 85).

donationis vel ex alia simili causa, agere non potest; nam traditum est, duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest utrum rem an æstimationem ex testamento consecutus est : nam, si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si æstimationem, agere potest.

cause semblable, il ne peut pas agir; car c'est une règle reçue que deux causes gratuites ne peuvent pas se cumuler en la même personne à propos de la même chose. Par cette raison, la même chose étant due au même individu en vertu de deux testaments, il importe de savoir si c'est la chose ou l'estimation qu'il a reçue en vertu du premier testament : si c'est la chose, il ne peut plus agir, puisqu'il la tient à titre lucratif; si c'est l'estimation, il peut agir.

§ 9. — Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem deducto usufructu, et usufructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat, recte eum agere et fundum petere Julianus ait, quia usufructus in petitione servitutis locum obtinet; sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.

Si l'on a légué le fonds d'autrui, et que le légataire ait acheté la propriété, déduction faite de l'usufruit, puis, que l'usufruit ayant fait retour à la propriété, il veuille agir *ex testamento*, Julien dit qu'il peut valablement agir et demander le fonds, parce que dans une demande l'usufruit est considéré comme servitude; mais il entre dans l'office du juge de lui faire fournir l'estimation du fonds moins l'usufruit.

§ 12. — Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi; idemque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt eum qui post testamentum factum, prædia quæ legata erant pignori dedit, ademisse legatum non videri; et ideo legatarium cum herede agere posse, ut prædia a creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata omnimodo debetur; pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata est.

Le testateur ayant légué sa propre chose et l'ayant ensuite aliénée, Celsus pense que, s'il ne l'a pas vendue dans l'intention de révoquer la disposition, le legs reste dû; et c'est aussi ce qu'ont décidé les divins Sévère et Antonin. Les mêmes princes ont décidé que celui qui, après avoir fait un testament, donne en gage les fonds qu'il a légués, n'est pas réputé avoir révoqué le legs; et c'est pourquoi le légataire peut agir contre l'héritier pour obtenir que les fonds soient libérés à l'égard du créancier. Que si le testateur aliène une portion de la chose léguée, la part non

aliénée reste absolument due; mais la part aliénée n'est due qu'autant que l'aliénation n'a pas été faite dans l'intention de révoquer le legs.

§ 16. — Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit : et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit, nec interesse utrum scierit an ignoraverit a se legatum esse; sed et si alii donaverit servum, et is cui donatus est eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.

Si la chose léguée vient à périr sans le fait de l'héritier, la perte est pour le légataire; et de même, si l'esclave d'autrui, ayant été légué, vient à être affranchi sans le fait de l'héritier, celui-ci n'est pas tenu. Que si le legs a pour objet l'esclave de l'héritier, et que lui-même l'ait affranchi, Julien écrit qu'il est tenu, et que peu importe qu'il ait connu ou ignoré le legs; mais même lorsqu'il a donné l'esclave et que le donataire l'a affranchi, l'héritier est tenu, quoiqu'il ait ignoré le legs mis à sa charge.

§ 17. — Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est, si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint; et licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, et peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit; nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur.

Si l'on a légué des femmes esclaves avec leurs enfants, bien que les mères soient mortes, le part est dû. Il en est de même si des esclaves ordinaires ont été légués avec leurs vicaires; malgré la mort des ordinaires, les vicaires sont dus. Mais si l'esclave a été légué avec son pécule, lui mort, affranchi ou aliéné, le legs s'éteint même à l'égard du pécule. Il en est de même si l'on a légué un fonds outillé ou avec son outillage; car l'aliénation du fonds éteint le legs quant à l'outillage lui-même.

Lib. II, tit. XXI, *De ademptione et translatione legatorum*, pr. — Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur legata, sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si quod ita quis legaverit : *do lego*, ita adimatur : *non do non lego;* sive non con-

Les legs sont valablement révoqués soit par testament, soit par codicilles; et il n'importe que la révocation soit faite en termes contraires, que par exemple le legs portant : *je donne et lègue*, on le retire en ces termes : *je ne donne ni ne lègue*, ou bien en termes non con-

trariis, id est, aliis quibuscumque verbis.

§ 1. — Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit : *hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego*; sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur et Seio dari.

traires, c'est-à-dire en termes quelconques.

Un legs peut aussi être transféré d'une personne à une autre, par exemple ainsi : *L'esclave Stichus que j'ai légué à Titius, je le donne et le lègue à Séius*, et cette translation peut être faite ou dans le même testament, ou par codicilles. Dans ce cas le legs est à la fois enlevé à Titius et donné à Séius.

399. En supposant un testament valable et qui produit ses effets, le legs néanmoins a pu perdre sa force ou par la volonté même du testateur ou par des circonstances indépendantes de cette volonté. Dans le premier cas, il est révoqué; dans le second cas, il est simplement éteint.

De la révocation du legs. — Elle s'opère ou directement ou par voie de *translatio*.

La révocation directe (*ademptio*) est celle qui a pour effet ou de donner lieu au droit d'accroissement, s'il y a un colégataire ayant une vocation identique, ou de dégrever l'héritier. Elle est elle-même expresse ou tacite.

Dans le droit classique, la révocation expresse était soumise à deux règles constatées par Ulpien (XXIV § 29) : 1° elle ne pouvait être faite que par testament ou par codicilles confirmés; 2° sauf la négation qu'elle contenait nécessairement, elle devait être conçue dans une formule identique à celle du legs. Si, par exemple, le legs avait été fait en ces termes *do lego, heres meus damnas esto*, le testateur devait dire : *non do non lego, heres meus non damnas esto*. Sous Justinien, ces deux règles sont abrogées, la seconde par une conséquence de la suppression des formules, et la première parce que désormais les codicilles peuvent contenir des legs (pr. *sup.*).

A. La révocation expresse peut être conditionnelle ; et, en ce cas, il est évident que le legs lui-même, quoique pur et simple dans le principe, se trouve désormais subordonné à une condition inverse de celle qui tient la révocation en suspens; et cette condition est considérée comme expresse, d'où il suit que la *diei cessio* n'aura plus lieu que par la défaillance de la condition et au moment même de sa défaillance (L. 107,

De cond. et dem., XXXV, 1. — L. 10, *De adim. vel transf. leg.*, XXXIV, 4).

La révocation tacite résulte de trois causes : 1° survenance, entre le testateur et le légataire, d'une inimitié grave non suivie de réconciliation (L. 3 § 11, *De adim. vel transf. leg.*) (1); 2° radiation volontaire de la disposition qui contenait le legs (L. 1 § 3, *De his quæ in test. del.*, XXVIII, 4); 3° aliénation par le testateur lui-même de la *res propria* qu'il avait léguée (2). Au temps de Gaius (II, § 198), la majorité des jurisconsultes voulaient que cette aliénation entraînât toujours révocation, en quelque forme que le legs eût été fait, et cela *ipso jure*, s'il devait transférer par lui-même un droit réel, *exceptione doli mali*, s'il ne pouvait donner qu'un droit de créance (3). Mais déjà Celsus avait proposé et plus tard les empereurs Septime Sévère et Caracalla consacrèrent une opinion moins rigoureuse et qui s'accordait mieux avec la faculté reconnue de léguer la chose d'autrui : on distingua si le testateur avait aliéné avec ou sans intention de révoquer; et cette intention elle-même, le diagnostic en dut être cherché dans la nature et dans les circonstances de l'aliénation. Par exemple, le testateur avait-il eu besoin de vendre pour nourrir sa famille : l'aliénation était nécessaire et le legs subsistait *ipso jure* s'il avait été fait *per damnationem ;* fait de toute autre manière, il était confirmé par le sénatus-consulte Néronien. L'aliénation, au contraire, avait-elle pour cause une donation : le legs tombait toujours (L. 18, *De adim. vel transf. leg.*). Dans ce dernier état de la législation, qui est celui que constatent les Institutes (§ 12 *sup.*), la révocation résulte donc bien moins de l'aliénation elle-même que de la volonté dont elle témoigne ; et de là cette double conséquence, que le legs peut être révoqué malgré la nullité de l'aliénation (L. 24 § 1, *De adim. vel transf. leg.*), et qu'il demeure révoqué nonobstant toute acquisition postérieure qui ferait rentrer la chose dans le patrimoine du disposant (L. 15, *De adim. vel transf. leg.*). Au surplus, il est hors de doute que l'aliénation de la chose principale emporte la révocation même en ce qui concerne les accessoires. Ainsi le testateur

(1) Cette cause de révocation ne s'applique pas à l'institution. Donc, en supposant une inimitié grave survenue entre le testateur et un institué qui est en même temps légataire *per præceptionem*, le legs tombe et l'institution conserve son effet (L. 22, *De adim. vel transf. leg.*).

(2) La simple constitution d'une hypothèque n'entraîne jamais révocation du legs (§ 12 *sup.* — L. 3, C., *De leg.*, VI, 37).

(3) Cette doctrine conduisait évidemment, et Gaius le constate, à décider que le legs ne pouvait jamais être confirmé par le sénatus-consulte Néronien.

a-t-il aliéné ou affranchi l'esclave légué *cum peculio*, a-t-il aliéné le fonds légué *instructus* ou *cum instrumento* (1) : le légataire ne pourra pas plus demander le pécule ou l'*instrumentum* que l'esclave ou le fonds.

La révocation tacite, cela résulte des textes que j'ai cités, diffère de la révocation expresse en ce qu'elle n'opère jamais *ipso jure*, mais seulement par voie d'*exceptio doli mali*, d'où il suit que la manifestation d'une nouvelle volonté fait revivre le legs (L. 15, *De adim. vel transf. leg.*).

La *translatio legati*, assez semblable à la novation des créances, est une disposition à double effet qui tout à la fois révoque un legs et en crée un nouveau. Soumise anciennement aux mêmes règles de forme que la révocation directe expresse, elle s'opère de quatre manières : 1° le testateur substitue un légataire à un autre légataire. Ce cas est seul prévu aux Institutes (§ 1 *sup.*), sans doute parce que c'est le seul où le légataire perde d'une manière certaine le bénéfice de la disposition ; 2° le testateur transporte la charge du legs d'un institué à un autre ; 3° il change l'objet légué (2) ; 4° il subordonne la libéralité à une condition que la formule primitive ne contenait pas (L. 6 pr., *De adim. vel transf. leg.*).

A. La *translatio legati* révoque le premier legs, quand même le second serait nul comme s'adressant à une personne dépourvue de la *factio testamenti* ou comme ayant pour objet une chose hors du commerce, et à plus forte raison si ce second legs ne manque son effet que par une circonstance postérieure, telle que le prédécès du légataire (LL. 8 et 20, *De adim. et transf. leg.*). Cependant, lorsque la *translatio* s'opère tout ensemble par changement de légataire et addition d'une condition, la règle est que, sauf expression d'une volonté contraire bien évidente, la défaillance de la condition apposée au second legs fait revivre le premier (L. 7, *De adim. vel transf. leg.*).

400. *De l'extinction du legs.* — Le legs s'éteint : 1° par la défaillance de la condition ; 2° par le défaut de *factio testamenti* chez le légataire

(1) On fit une différence un peu subtile : le *fundus cum instrumento*, c'était le fonds avec les ustensiles, bestiaux, esclaves, en un mot, avec tous les meubles qui y avaient été placés pour servir à l'exploitation. Le *fundus instructus* comprenait de plus les objets que le propriétaire y avait placés pour sa commodité ou pour son agrément personnel. Le legs d'un *fundus instructus* était donc plus avantageux que le legs du *fundus cum instrumento* (L. 8 pr. ; L. 12 § 27, *De instr. vel instrum. leg.*, XXXIII, 7).

(2) Sur ce point il y eut une controverse déterminée, je pense, par l'analogie de la *translatio legati* avec la novation (L. 6 § 2, *De adim. vel transf. leg.*).

au moment du *dies cedens* (1); 3° par sa mort survenue avant le *dies cedens* (n° 381); 4° par la perte de la chose; 5° par l'acquisition que le légataire en aurait déjà faite à titre gratuit. Je n'insisterai que sur ces deux derniers modes.

Le legs ne s'éteint par la perte de la chose qu'autant qu'elle est fortuite, c'est-à-dire non imputable à l'héritier grevé. Or, on la lui impute, non-seulement lorsqu'elle est due à son dol, à sa faute active ou même à sa simple négligence (L. 47 §§ 4 et 5, *De leg.* 1°), mais encore lorsqu'elle résulte de son fait, même le plus licite et accompli sans aucune conscience du dommage qu'il pouvait causer au légataire. Que, par exemple, le legs ayant pour objet son propre esclave, il l'affranchisse ou le donne à un tiers qui l'affranchit, vainement alléguera-t-il plus tard qu'il ignorait la disposition et n'a tiré aucun profit de la chose, il restera tenu d'en payer la valeur (§ 16 *sup.*). Si, au contraire, le legs avait pour objet l'esclave d'un tiers, et que le propriétaire, même instruit de la disposition, l'eût affranchi, il y aurait perte fortuite, et l'héritier serait déchargé tout aussi bien que par la mort de l'esclave (2).

La perte étant fortuite, il importe de distinguer si elle est antérieure ou postérieure à l'arrivée du *dies cedens*. Est-elle antérieure : le légataire n'a pas même droit aux accessoires et aux restes de la chose. Est-elle postérieure : ces accessoires et ces restes lui sont dus. Les Romains appliquent notamment cette distinction au legs d'un *servus cum peculio*. Le pécule étant, quelle que soit sa valeur, considéré comme un accessoire, n'est dû qu'autant que l'esclave reste dans le patrimoine du testateur et lui survit (LL. 1, 2 et 12, *De pec. leg.* XXXIII, 8). Si, au contraire, la disposition avait pour objet une *ancilla cum natis* ou un *servus ordinarius cum vicariis*, on verrait là plusieurs legs ayant chacun un objet distinct, et, en conséquence, le prédécès, l'affranchissement ou l'aliénation de l'*ancilla* ou de l'*ordinarius* n'empêcheraient pas le légataire de réclamer les *nati* ou les *vicarii* (§ 17 *sup.* — LL. 3 et 4, *De pec. leg.*).

Quant à l'extinction du legs par l'acquisition gratuite de la chose, elle se rattache à une règle générale des plus arbitraires que l'on peut

(1) Bien évidemment il faut appliquer au légataire, aussi bien qu'à l'institué, la règle *Media tempora non nocent* (n° 331).

(2) S'il s'agit d'un legs *per damnationem* fait *disjunctim* à deux personnes, l'héritier bénéficie de la perte de la chose; car il aurait été tenu de la livrer à l'un des légataires et d'en payer à l'autre l'estimation. Or désormais il ne doit plus rien (L. 114 § 19, *De leg.* 1°).

formuler ainsi : Tout créancier à titre gratuit qui acquiert l'objet dû en vertu d'une autre cause également gratuite, perd sa créance (L. 17, *De obl. et act.*, XLIV, 7)(1). En notre matière, cette règle conduit aux deux applications suivantes : 1° le légataire qui est devenu propriétaire de la chose par voie de donation entre-vifs ne peut plus réclamer le legs (2) ; 2° si la même chose a été léguée à la même personne par deux testateurs, il importe de savoir si le premier des deux legs qui a été exécuté lui a procuré l'estimation ou la chose elle-même. Dans le premier cas, il perd le bénéfice du second legs ; dans le second cas il le conserve (§ 6 *sup.*). Par une suite du même principe, le légataire qui aurait acquis à titre onéreux la nue propriété seulement de l'objet légué et à qui l'usufruit serait parvenu plus tard par la mort ou la *capitis deminutio* de l'usufruitier, ne pourrait obtenir que la valeur de la nue propriété ; car l'usufruit ne lui a rien coûté (§ 9 *sup.*) (3).

Notre règle elle-même prouve qu'il ne faut pas accepter l'affirmation d'un texte (L. 3 § 2, *De his quæ pro non script.*, XXXIV, 8) posant en principe absolu que le legs s'éteint par l'arrivée d'une circonstance qui l'aurait empêché de naître. Ce n'est là qu'un résultat fréquent, mais non point nécessaire, et qui, selon la remarque des Institutes (§ 14, *De leg.*), n'avait pas été érigé en règle. Supposez, en effet, que le léga-

(1) Voici plusieurs cas où il est certain que cette règle ne s'applique pas : 1° Les deux causes lucratives ne sont pas nées en la même personne. Par exemple, celui qui était créancier à titre gratuit est devenu héritier d'une personne à qui la même chose était également due à titre gratuit (L. 18, *De obl. et act.*) ; 2° c'est par l'intermédiaire de son esclave que le créancier à titre gratuit acquiert la chose gratuitement (L. 108 § 1, *De leg.* 1°, XXX) ; 3° le créancier qui acquiert la chose gratuitement est tenu de la donner à un tiers. Par exemple il l'acquiert comme héritier et elle fait l'objet d'un legs (L. ~~86~~ § ~~3~~, *De verb. obl.*, XLV, 1). — Très- 83, 4
probablement aussi lorsque le créancier à titre gratuit n'acquérait la chose que comme héritier et que l'hérédité était insolvable, il ne perdait pas sa créance.

(2) Cette hypothèse suppose que le legs a pour objet la chose d'autrui, sans quoi la donation, émanant du testateur lui-même, aurait révoqué le legs. Mais les Institutes (§ 6 *sup.*) ont tort de présenter la règle comme exclusivement applicable au legs de la chose d'autrui, de même qu'elles ont tort de ne l'appliquer qu'à l'acquisition gratuite faite *vivo testatore.*

(3) A cet égard, le légataire est traité comme s'il eût acquis gratuitement une part indivise de la chose léguée (L. 82 §§ 2 et 3, *De leg.* 1°) ; mais entre les deux hypothèses il y a une grande différence : le légataire qui a acquis gratuitement une part indivise ne peut pas demander purement et simplement le fonds sans encourir la déchéance attachée à la *plus-petitio ;* tandis que celui qui a simplement acquis l'usufruit à titre gratuit n'a pas besoin d'exprimer dans la formule qu'il restreint sa demande à la nue propriété (§ 9 *sup.*). Ce n'est là, au surplus, qu'une application de cette idée que l'usufruit n'est pas assimilé à une *pars domini* (page 657, note 1).

taire acquière la chose par voie d'achat, le legs reste dû (§ 6 *sup.*); et cependant, fait après l'acquisition, et fait, comme je le suppose, purement et simplement, il serait nul (1).

IV. — DE LA LOI *Falcidia*.

Lib. II, tit. XXII, *De lege Falcidia*, pr. — Superest ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Quum enim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare, quippe ea lege ita cautum esset : *uti legassit suæ rei, ita jus esto*, visum est hanc legandi licentiam coarctare. Idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et quum super hoc tam lex Furia quam lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem totorum bonorum, id est, ut sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret.

Reste à traiter de la loi Falcidia, la dernière de celles qui ont mis une limite aux legs. En effet, tandis que la loi des Douze Tables avait laissé la faculté de léguer tout à fait libre, de sorte que les legs pouvaient absorber tout le patrimoine, car la loi disposait ainsi : *que les volontés exprimées par le père de famille sur son patrimoine fassent loi*, il parut bon de resserrer cette liberté. Et c'est dans l'intérêt des testateurs eux-mêmes que l'on songea à cela; car nombre de testateurs mouraient intestats, les héritiers inscrits refusant de faire adition pour un bénéfice nul ou minime. Et après deux lois rendues sur cet objet, les lois Furia et Voconia, qui l'une et l'autre avaient manqué leur but, en dernier lieu vint la loi Falcidia disposant que nul ne peut léguer au delà des trois quarts de son patrimoine, c'est-à-dire que, soit qu'il y ait un ou plusieurs héritiers institués, le quart de l'hérédité doit leur rester.

§ 1. — Et quum quæsitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum

Deux héritiers ayant été institués, par exemple Titius et Séius, si la part de Titius est tout entière épuisée par des legs expressément mis à sa charge, ou si elle est grevée

(1) Pareillement, que du vivant du testateur l'institué devienne propriétaire de l'esclave légataire, ou que le légataire lui-même perde la *factio testamenti*, le legs subsiste néanmoins, sauf à ne pouvoir s'exécuter si ce nouvel état de choses se prolonge jusqu'au jour du *dies cedens*.

onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem dimidiam minuant, an, quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere liceret, placuit, ut quartam partem suæ partis salvam habeat, posse retinere; etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

§ 2. — Quantitas autem patrimonii ad quam ratio legis Falcidiœ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si, verbi gratia, is qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex fœtu pecorum tantum accesserit hereditati, ut, centum aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit; sed necesse est ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus, relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem : quæ res efficit ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pascisci (Gaius, L. 73 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2).

outre mesure, et que la part de Séius ne soit chargée d'aucun legs ou du moins ne le soit que jusqu'à concurrence de moitié, on s'est demandé si, attendu que celui-ci a le quart de l'hérédité entière ou même plus, Titius ne peut rien retenir des legs mis à sa propre charge, et l'on a admis qu'il peut retenir le quart de sa part; en effet, le calcul de la loi Falcidia se fait séparémeut pour chaque héritier.

La valeur du patrimoine sur lequel on calcule la quarte falcidie s'examine au jour de la mort. C'est pourquoi, par exemple, en supposant cent sous d'or légués par quelqu'un qui avait en tout cent sous d'or, les légataires ne profitent pas de ce qu'avant l'adition le gain des esclaves héréditaires, le part des femmes esclaves, ou le croît des troupeaux auraient ajouté à l'hérédité une valeur telle qu'étant prélevés cent sous d'or, l'héritier doive garder le quart du patrimoine, mais il est néanmoins nécessaire que les legs subissent une réduction du quart. A l'inverse, si le testateur a légué soixante-quinze, et qu'avant l'adition les biens aient diminué par des incendies, des naufrages ou des décès d'esclaves, au point de ne comprendre plus que soixante-quinze sous d'or ou même moins, les legs entiers sont dus. Et cela n'a rien de dommageable pour l'héritier qui est toujours libre de ne pas faire adition, ce qui fait que les légataires, pour ne pas tout perdre par l'abandon du testament, sont dans la nécessité de transiger avec lui et de lui con-

§ 3. — Quum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, et pretia servorum manumissorum : tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque, si fingamus quadringentos aureos legatos esse, et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars legatariis singulis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava (1) debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet; ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

sentir une remise partielle.

Mais lorsque l'on fait le calcul de la loi Falcidia, on commence par déduire les dettes, les frais funéraires et la valeur des esclaves affranchis; ensuite le calcul se fait sur le reste, de telle sorte que les héritiers en conservent un quart et que les trois autres quarts se distribuent entre les légataires, proportionnelment au montant du legs laissé à chacun. C'est pourquoi, si nous supposons que quatre cents sous d'or ont été légués, et que le patrimoine sur lequel il faut prélever les legs comprend en tout quatre cents, les légataires doivent subir une diminution d'un quart. Que si nous supposons qu'il a été légué trois cent cinquante, c'est un huitième qu'il faut leur ôter. Mais si les legs sont égaux à cinq cents, il faut d'abord enlever un cinquième du tout, puis un quart du reste; en effet, l'on doit d'abord retrancher ce qui excède le total des biens, puis la portion des biens qui doit rester aux mains de l'héritier.

401. La loi des Douze Tables n'avait pas limité la faculté de léguer, et de là un danger : c'est que l'institué ne fût conduit à répudier une hérédité amaigrie ou épuisée par l'exagération des legs, ce qui aurait eu pour conséquence l'ouverture de l'hérédité légitime et l'entier évanouissement de toutes les dispositions testamentaires. Il fallait donc, soit dans l'intérêt du défunt qui n'avait pas voulu mourir intestat, soit dans l'intérêt des légataires, fixer une limite que les legs ne pourraient pas dépasser. C'est ce que le législateur romain comprit de bonne

(1) On a critiqué ce mot *octava*, sous prétexte que dans l'espèce la réduction est d'un septième de la valeur des legs; mais, si l'on remarque que ce septième est égal au huitième de l'hérédité, le langage de Justinien se justifie très-bien. Même observation sur la loi 73 § 5, *Ad leg. Falc.* (XXXV, 2).

heure; mais il n'arriva pas sans tâtonnements à trouver un procédé tout à la fois efficace et qui ménageât la liberté du testateur. La loi Furia, rendue probablement en l'an de Rome 571, décida qu'à l'exception de certaines personnes (1), nul ne pourrait recueillir un legs supérieur à mille as sans être passible d'une peine égale au quadruple (Ulp., § 2, *De legib. et mor.*). Mais cette loi manquait doublement son but : car le testateur pouvait, en multipliant les legs de mille as, épuiser son hérédité et mourir intestat; et, d'autre part, on lui interdisait sans motif la moindre disposition supérieure à mille as, quoique médiocre par comparaison à l'ensemble de l'hérédité. Quinze ans plus tard, la loi Voconia (2) introduisit un nouveau système : elle voulut qu'aucun legs ne donnât un bénéfice supérieur à celui de l'héritier.(3) Mais cette loi elle-même n'atteignait pas le but désiré. Car, par une multitude de legs tout à fait minimes, le testateur pouvait réduire à très-peu de chose le bénéfice de l'héritier; et, d'un autre côté, on l'empêchait de faire un seul legs qui, quoique supérieur à la moitié de la valeur de l'hérédité, laisserait pourtant à l'institué un avantage suffisant. Ces deux lois présentaient donc l'une et l'autre les mêmes vices : tout en restreignant beaucoup trop la faculté de léguer, elles n'assuraient pas assez l'intérêt de l'héritier à faire adition. Enfin, en l'an de Rome 714, un système définitif et mieux combiné fut établi par la loi Falcidia : sans limiter le chiffre ou la quotité de chaque disposition, elle décida que l'ensemble des legs ne devrait pas dépasser les trois quarts de l'hérédité; sinon, il y aurait lieu à une réduction proportionnelle, de telle sorte que l'institué retînt toujours un quart de l'hérédité. C'est ce quart qu'on appelle quarte Falcidie (pr. *sup.* — Gaius, II, §§ 225 à 227).

402. Me renfermant d'abord dans l'hypothèse la plus simple, celle d'une seule institution, je dois, pour faire connaître cette loi, examiner trois questions : 1° à quel moment faut-il se placer pour savoir s'il y a lieu à réduction? 2° comment se compose la masse dont l'héritier peut retenir le quart? 3° enfin, de quelle manière se fait la réduction?

1re *Question.* — C'est toujours au moment même du décès qu'il

(1) Les principales sont les cognats déjà indiqués comme exclus du *jus nominandi potioris* et investis de la *solidi capacitas* (nos 138 et 373). Ce sont aussi les personnes placées sous la puissance de ces cognats ou qui les ont elles-mêmes sous leur puissance (*Fr. Vat.*, § 301).

(2) J'ai déjà fait connaître une autre disposition de cette loi (no 328).

(3) Cette prohibition ne s'adressait qu'au testateur *census* (Cic., *In Verr.* 2a *act.*, I, 43). La portée exacte de cette expression donne lieu à des discussions.

faut se reporter pour savoir si les legs dépassent ou non les trois quarts du patrimoine. Cette règle, comme le montrent très-clairement les exemples donnés aux Institutes (§ 2 *sup.*), conduit à décider que le droit des légataires ne sera jamais ni augmenté par les plus-values ou accroissements que les biens héréditaires pourraient recevoir entre le décès et l'adition, ni diminué par les détériorations que ces biens viendraient à éprouver dans le même intervalle. La première conséquence n'a rien d'inique, les légataires recevant exactement ce qu'ils auraient reçu si les legs avaient été acquittés à l'instant même où l'hérédité s'ouvrait; et si la seconde paraît tout d'abord moins équitable comme exposant l'héritier à se trouver en présence d'une masse de legs supérieure à la valeur que les biens héréditaires auront conservée au jour de l'adition, cette iniquité est beaucoup plus apparente que réelle. Car il n'aura qu'à menacer les légataires de répudier, pour obtenir d'eux une transaction qui le décharge d'une quote-part des legs et lui assure un bénéfice. Toutefois il demeure évident que des détériorations considérables survenues seulement après l'adition pourraient le constituer en perte, en l'obligeant à payer les legs *de suo*.

A. Faut-il conclure de notre règle que jamais les légataires de corps certains ne profitent ni ne souffrent des améliorations ou détériorations qui ont affecté directement l'objet de leur legs depuis le décès et avant l'adition? Aucunement : supposons, en effet, une hérédité présentant au jour du décès une valeur de 400, et un legs unique ayant pour objet un fonds qui à la même époque vaut 350. Il est certain que le legs doit être réduit d'un septième. Que maintenant, au jour de l'adition, le fonds vaille 400, ou au contraire ne vaille plus que 300, dans les deux cas le légataire recevra toujours, ni plus ni moins, les six septièmes du fonds. Mais ces six septièmes vaudront plus ou moins qu'au jour du décès. Ce qui demeure fixe, c'est donc la quotité, non la valeur de son droit. En réalité, par conséquent, il n'y a que les légataires de quantités qui d'aucune manière ne souffrent ni ne profitent des variations survenues dans la consistance des biens héréditaires (L. 30 §§ 2 à 5, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2).

Que si l'on recherche pourquoi les juriconsultes s'arrêtèrent à l'époque du décès pour examiner si la loi Falcidia était applicable ou non, cette règle paraîtra toute naturelle, puisque c'est à ce moment que les biens, considérés comme biens du défunt, ont leur consistance définitive; et elle a l'avantage de rendre le droit des légataires indépendant des lenteurs que l'héritier peut mettre à faire adition, comme aussi

de ne pas intéresser l'héritier lui-même à un retard systématique. Il n'est pas impossible, du reste, qu'en adoptant cette règle les Romains aient été influencés par la fixation ordinaire du *dies cedens* au jour du décès; mais elle ne s'expliquerait pas suffisamment par cette considération, puisqu'on n'établit ici aucune différence entre les legs purs et simples et les legs conditionnels.

2e *Question.* — Pour savoir si les legs sont réductibles, trois opérations sont nécessaires :

1° Il faut réunir et estimer tous les biens qui composent l'actif brut du défunt. Dans cette masse on comprend avec ses biens corporels toutes ses créances, même celles qu'il avait sur l'héritier. Car, encore que l'adition éteigne ces dernières par voie de confusion, cette extinction même constitue un enrichissement pour l'héritier (L. 1 § 18, *Ad leg. Falc.*).

A. Quelques hypothèses spéciales se présentent ici : 1° Le défunt laissant une créance conditionnelle, doit-on provisoirement la compter dans l'actif ou la négliger? Dans la pratique la plus ordinaire, on la comptait pour sa valeur vénale; mais Gaius, qui constate ce procédé, en indique du même coup deux autres beaucoup plus satisfaisants : ils consistent ou à compter la créance comme pure et simple, ou à la négliger comme non existante, les légataires devant dans le premier cas s'engager à restituer tout ce qu'ils auront reçu de trop, si la condition vient à défaillir, et dans le second cas l'héritier lui-même étant tenu de fournir une semblable promesse subordonnée à l'événement de la condition (L. 73 § 1, *Ad leg. Falc.*). 2° Le défunt laisse une créance corréale. Ici l'on distingue s'il y avait ou non société entre lui et son *correus*. Dans le premier cas, la créance est toujours comptée pour moitié, parce que cette moitié est assurée à l'héritier, soit qu'il touche lui-même la somme ou que le débiteur paye entre les mains de l'autre créancier. Dans le second cas, le bénéfice de la créance devant appartenir pour le tout à celui qui recevra le payement, la réduction demeure *in pendenti* jusqu'à ce que le débiteur se libère ou soit poursuivi (L. 62 pr., *Ad leg. Falc.*). 3° Parmi les débiteurs de la succession il y a un insolvable : la créance est comptée pour la somme qu'on réussit à toucher, et, s'il est possible de vendre le surplus, le prix de vente s'ajoute à cette somme (L. 63 § 1; L. 82, *Ad leg. Falc.*).

2° De l'actif obtenu par la précédente opération, on déduit, comme le font remarquer les Institutes (§ 3 *sup.*) : 1° le montant intégral des dettes héréditaires, même celles du défunt envers l'héritier (L. 87 § 2,

Ad leg. Falc.. — L. 6 pr., C., *Ad leg. Falc.*, VI, 50) (1); 2° les frais funéraires, qui sont dettes de l'hérédité plutôt que du testateur; 3° la valeur des esclaves affranchis soit *directo*, soit par fidéicommis (2). Les deux premières déductions sont commandées par la règle : *Bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno* (L. 39 § 1, *De verb. sign.*, L, 16). La troisième est fondée sur ce que, la liberté étant indivisible, il n'y avait pas moyen de réduire en nature chaque affranchissement. Il fallait ou donner la liberté aux trois quarts des esclaves affranchis et laisser les autres en servitude, ou s'arrêter à la solution plus humaine qui a prévalu, solution que la loi Fusia Caninia empêchait de devenir sérieusement préjudiciable à l'héritier (n° 69). Mais sous Justinien l'abrogation de cette loi permet au testateur dont la fortune consiste tout entière en esclaves d'éluder d'une manière absolue la loi Falcidia.

3° Il faut réunir les différents legs et les estimer, puis déduire cette estimation de l'actif net précédemment obtenu. Cette soustraction montrera si le testateur a légué plus que la loi ne lui permettait. Mais ici il importe de remarquer que les legs n'échappent pas à la réduction par cela seul qu'un quart des biens du défunt doit rester à un titre quelconque entre les mains de l'héritier. Il faut que ce quart lui appartiènne *jure hereditario*, c'est-à-dire se prenne sur les valeurs comprises dans l'institution. Donc on n'impute sur la quarte Falcidie, ni ce que l'héritier a reçu par donation entre-vifs ou *mortis causa*, ni ce qu'il peut valablement prétendre comme légataire ou fidéicommissaire, ni à plus forte raison les sommes qui lui sont comptées *implendæ conditionis causa*, c'est-à-dire en exécution d'une condition à laquelle le testateur a subordonné l'effet d'une autre libéralité testamentaire (LL. 74, 76 et 91, *Ad leg. Falc.*).

3e *Question.* — Trois règles doivent être posées ici : 1° La réduction porte sur tous les legs proportionnellement. — Cependant, comme on l'a déjà vu, elle n'atteint que partiellement le legs de ce que le débiteur doit à son créancier (n° 391), et laisse toujours intact le legs de liberté. De même, si le testateur a exprimé que tel legs serait payé par préférence à tous les autres, sa volonté doit être suivie (L. 64; L. 88 § 2, *Ad leg. Falc.*). 2° La réduction se fait en nature. — Toutefois, comme il est impossible de soumettre à cette règle les legs de choses indivisibles, tels que ceux qui ont pour objet un droit d'usage ou une ser-

(1) Quant à la déduction des dettes conditionnelles ou corréales, il faut reproduire les solutions précédemment données pour les créances.

(2) A l'époque classique, on déduisait aussi les dons faits aux dieux (Paul, IV, 3 § 3).

vitude prédiale, on autorise le légataire à exercer l'action pour le tout, sous la condition d'offrir à l'héritier l'estimation de la part pour laquelle le legs est pris sur la quarte falcidie. Mais, faute d'offrir cette estimation, sa demande est écartée par une exception de dol (L. 80 § 1, *Ad leg. Falc.* — L. 5 § 1, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4) (1). 3° La réduction s'opère *ipso jure* (L. 1 § 5, *Quod leg.*, XLIII, 3). — D'où il résulte qu'en principe l'héritier n'a pas besoin d'exception pour repousser la demande exagérée du légataire, et que, dans l'hypothèse spéciale d'un legs *per vindicationem* portant sur un corps certain, il se trouve dans l'indivision avec le légataire et peut au besoin revendiquer sa propre part contre tout détenteur (L. 26 pr., *Ad leg. Falc.*).

A. L'exagération des legs ne se révèle pas toujours immédiatement. Supposons donc que l'héritier les ait exécutés sans rien retenir, et plus tard s'aperçoive qu'il n'a pas sa quarte. Puisque la réduction s'opère *ipso jure,* il a évidemment payé ce qu'il ne devait pas, et la *condictio indebiti* ne saurait lui être refusée (L. 7, C., *De cond. ind.*, IV, 5). Mais cette action pourra être rendue inutile par l'insolvabilité des légataires; en fait aussi, elle pourra être jugée non fondée sous le prétexte que l'héritier a voulu, quoi qu'il arrivât, exécuter la volonté du défunt (L. 20 § 1, *De donat.*, XXXIX, 5). Le droit prétorien lui donne le moyen d'échapper à ce double péril. Par cela seul, en effet, que la loi Falcidia n'est pas évidemment inapplicable, il peut, comme condition de la délivrance des legs, exiger que les légataires s'engagent par une promesse personnelle accompagnée de satisdation à lui restituer, le cas échéant, tout ce qu'ils auraient reçu de trop (L. 1 pr., *Si cui plus quam per leg. Falc.*, XXXV, 3). Cette promesse est notamment nécessaire lorsqu'il y a à la fois des legs purs et simples et des legs conditionnels (2), et que, l'ensemble des premiers ne dépassant pas les trois quarts, la somme des uns et des autres les dépasserait, ou lorsque le testateur, ayant fait une substitution pupillaire, a mis des legs à la charge de

(1) Il paraît qu'anciennement la même doctrine avait été admise à l'égard du legs d'usufruit. C'est le jurisconsulte Ariston qui le premier s'en écarta. Ulpien, qui rapporte ce détail (L. 1 § 9, *Ad leg. Falc.*), ajoute que, quoique l'usufruit se prête à une réduction en nature, on sera néanmoins forcé de l'estimer pour savoir quelle est en tout la quotité dont le testateur a disposé et combien il revient à chaque légataire.

(2) Voir sur cette hypothèse une opinion bizarre de Proculus (L. 45 § 1, *Ad leg. Falc.*).

l'institution et d'autres à la charge de la substitution (L. 1 §§ 1 et 7, *Si cui plus quam per leg. Falc.*) (1).

403. Telle est la théorie générale de la loi Falcidia. Que si maintenant on suppose deux ou plusieurs institués, une question se présentait : l'un des institués ayant sa quarte ou au delà, mais la part de l'autre étant épuisée ou surchargée, ce dernier pouvait-il néanmoins retenir une quarte? L'affirmative fut admise, et les Institutes (§ 1 *sup.*) posent cette règle : Chaque héritier a le droit de conserver pour un quart le bénéfice de son institution, règle qui prouve bien que dans l'esprit de la loi ou tout au moins de ses interprètes, il ne s'agissait pas seulement d'empêcher le défunt de mourir intestat, mais aussi de protéger le droit des légataires (2).

A. Mais la difficulté devient plus grave lorsque des deux institués un seul arrive, recueillant avec sa propre part celle de son cohéritier défaillant. On se demande alors si les legs mis à la charge des deux institutions doivent être confondus en une seule masse et acquittés jusqu'à concurrence des trois quarts de l'hérédité, comme s'il n'y avait eu dès le début qu'un seul institué. Pour répondre, il faut distinguer quelle est la part surchargée : est-ce celle du cohéritier qui recueille, les legs mis à sa charge personnelle s'acquittent alors sur la masse entière de l'hérédité, et il retient le quart de cette masse. Cela est écrit dans des textes formels pour les cas où c'est comme substitué ou comme *pater* qu'il prend la part vacante (L. 1 § 13; L. 78, *Ad leg. Falc.*), et les principes commandent la même décision quand il exerce le *jus accrescendi*. Est-ce, au contraire, cette part vacante qui est surchargée : s'il la prend à titre de substitué ou de *pater*, il ne paye les legs personnellement imposés au défaillant que dans la mesure où celui-ci lui-même les eût payés. Telle est du moins l'opinion qui paraît avoir rallié la majorité des suffrages (L. 1 § 14; L. 78, *Ad leg. Falc.*) (3). Que si la part vacante est recueillie *jure accrescendi*, les principes voudraient qu'elle le fût sans la charge des legs imposés au défaillant; mais la doctrine qui assimila l'accroissement entre héritiers à une substitution tacite (n° 363) dut avoir pour conséquence de soumettre cette hypothèse aux mêmes règles que les deux précédentes.

(1) On doit se rappeler, en effet, que ces derniers ne sont dus qu'autant que la substitution s'ouvre et seulement sur les biens du testateur (n° 370).

(2) Toutefois comme l'intérêt des légataires fut mis hors de cause dans tous les cas où l'on finit par admettre que l'accroissement entre héritiers s'opérerait *cum onere* (n° 363), on peut dire que cette interprétation donnée à la loi Falcidia s'explique aussi par l'intérêt de l'institué surgrevé.

(3) Cependant elle fut contredite, pour l'un des deux cas indiqués, par un juge-

A. Reste à mentionner deux innovations de Justinien : 1° dans l'ancien droit, le testateur n'était pas libre d'exclure en tout ou en partie l'application de la loi Falcidia (L. 15 §§ 1 et 8, *Ad leg. Falc.*) (1). Désormais, au contraire, une déclaration expresse en ce sens sera toujours valable, et, si elle conduit l'institué à répudier, les autres dispositions testamentaires n'en conserveront pas moins leur effet (Nov. 1, cap. 2 § 2) ; elles ne sont donc plus considérées comme de simples charges de l'institution (n° 359, *in fine*). Justinien va même jusqu'à sous-entendre la volonté de déroger à la loi Falcidia, dans tout legs d'immeubles laissé sous la condition expresse que la chose demeure inaliénable entre les mains du légataire et de ses successeurs (Nov. 119, cap. 11) (2). Tout cela revient à dire que la loi Falcidia, jadis loi d'ordre public, et à laquelle le testateur ne pouvait déroger, ne contiendra plus qu'une simple présomption de volonté; 2° désormais, l'héritier, alors même qu'il exerce le *jus deliberandi* et renonce ainsi au bénéfice d'inventaire, doit néanmoins inventorier les biens de la succession; sinon, il perd son droit à la quarte et même est tenu de payer les legs *ultra vires* (L. 22 § 14, C., *De jure del.*, VI, 30. — Nov. 1, cap. 2 § 2) (3).

X. — COMPARAISON DES LEGS ET DES DONATIONS *mortis causa.*

404. La donation *mortis causa*, par cela même qu'elle restait imparfaite et révocable jusqu'au décès du donateur (L. 32, *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6), présentait une ressemblance naturelle avec les legs; et de très-bonne heure, cette ressemblance aboutit à des dispositions législatives expressément applicables aux deux espèces de libé-

ment d'Antonin le Pieux, et pour l'autre par Julien (L. 1 § 14; L. 87 § 4, *Ad leg. Falc.*). En la tenant pour vraie, elle conduit logiquement à croire que, même les légataires *patres* ou le fisc, recueillant une part d'héritier comme caduque ou quasi caduque, n'acquittaient les *onera* que sous la déduction d'une quarte.

(1) Une seule exception était admise, savoir lorsque le testateur instituant son créancier avait formellement exigé qu'il ne déduisît pas sa créance de la masse dont il devait retenir le quart (L. 12, *Ad leg. Falc.*).

(2) Dans le droit classique, et aux termes d'une constitution fort sage de Septime Sévère et Caracalla, le testateur ne pouvait valablement défendre l'aliénation d'un bien qu'autant que cette défense était conçue dans l'intérêt d'une ou de plusieurs personnes déterminées (L. 114 § 14, *De leg.* 1°, XXX). Il semble que Justinien rejette cette règle.

(3) Anciennement, l'héritier ne perdait sa quarte que lorsqu'il s'était engagé à restituer un fidéicommis *in fraudem legis* (n° 376), ou lorsqu'il avait fait quelque chose pour empêcher l'effet d'une libéralité testamentaire (L. 59 pr., *Ad leg. Falc.*). Mais même alors on ne l'obligeait pas à payer les legs *ultra vires*.

ralités. Telles furent, au VIe siècle, celles des lois Furia et Voconia, qui restreignirent la faculté de léguer (n° 400). Telle fut aussi, un peu plus tard, celle de la *lex vicesima hereditatum* (n° 414). Puis, quand la science du droit atteignit son plein développement, les jurisconsultes, allant au delà des textes législatifs, se réunirent dans une tendance commune à soumettre la donation *mortis causa* à certaines règles des legs. Mais ils ne s'accordèrent pas sur la limite précise où il fallait arrêter cette assimilation. Et tandis que pour les uns la donation *mortis causa* devait rester gouvernée en principe par la législation des donations entre-vifs, d'autres lui appliquaient celle des legs toutes les fois que sa nature de convention n'exigeait pas impérieusement le contraire. Justinien, tranchant cette discussion, décide au Code que l'assimilation sera absolue (L. 4, C., *De mort. caus. donat.*, VIII, 57) (1). Mieux avisé dans ses Institutes (§ 1, *De donat.*, II, 7), il ne la présente plus que comme à peu près complète (*per omnia fere*) ; et de fait, à moins de supprimer la donation *mortis causa*, l'on ne pouvait pas songer à lui appliquer les règles relatives à la forme et à la révocation des legs. Ces points mis à part, voici les principaux traits de ressemblance qui paraissent avoir été admis par la majorité des jurisconsultes et consacrés par Justinien :

1° Pour faire une donation *mortis causa*, il est nécessaire et suffisant d'avoir la *factio testamenti* active. Donc, depuis Adrien, elle émane très-régulièrement d'un fils de famille propriétaire d'un pécule *castrense* (L. 15, *De mort. caus. donat.* — N°s 297 et 326).

2° Pour la conserver, le donataire doit avoir au jour du décès la *factio testamenti* passive, et, s'il n'a pas dès lors le *jus capiendi*, l'acquérir dans les cent jours (LL. 9 et 22, *De mort. caus. donat.* — *Fr. Vat.*, § 259) (2). Sinon, la libéralité suit le sort ordinaire des *caduca* (L. 35 pr., *De mort. caus. donat.*).

3° Faite à un tiers, elle subit la réduction d'après la loi Falcidia (L. 5, C., *Ad leg. Falc.*, VI, 50) (3). Mais faite à l'héritier lui-même, elle ne saurait s'imputer sur sa quarte, si ce n'est proportionnellement à sa part héréditaire (L. 74, *Ad leg. Falc.*).

4° Faite à un descendant injustement exhérédé ou omis, elle s'impute sur sa quarte légitime, de même que, si elle est adressée à une

(1) Voir aussi la novelle 87, *præf.*

(2) Mais est-il nécessaire que la *factio testamenti* lui appartînt aussi au jour de la donation? Je ne le pense pas.

(3) Toutefois, il ne paraît pas qu'ici la réduction s'opère *ipso jure* (L. 15 pr., *Ad leg. Falc.*).

tierce personne, il la compte dans la masse dont il doit avoir le quart pour être exclu de la *querela* (n° 355).

5° Si elle rend son auteur insolvable, les créanciers la méconnaissent sans avoir besoin de prouver la fraude (L. 17, *De mort. caus. donat.*— L. 66 § 1, *Ad leg. Falc.*).

6° De même, faite par un affranchi à un tiers, elle est réputée compter encore dans le patrimoine du donateur, lorsqu'il s'agit de calculer le montant des droits de succession réservés au patron (L. 1 § 1, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5). Mais réciproquement, reçue par le patron, elle diminue d'autant ces mêmes droits (L. 3 § 17, *De bon. lib.*, XXXVIII, 2. — N° 427).

7° Le disposant venant à subir une condamnation capitale, la donation *mortis causa* s'évanouit comme toutes les dispositions testamentaires (L. 7, *De mort. caus. donat.*).

8° Pareillement, dans tous les cas où la *bonorum possessio contra tabulas* fait tomber les legs, elle révoque aussi la donation *mortis causa*. Telle est la doctrine qu'Ulpien propose en des termes qui permettent, il est vrai, de soupçonner une opinion personnelle (L. 3 pr., *De leg. præst. cont. tab.*, XXXVII, 5).

9° Faite à un fils de famille ou à un esclave, cette donation s'évanouit absolument par leur prédécès, encore que le père ou le maître survive au disposant (L. 23, *De mort. caus. donat.*).

10° Elle n'est soumise ni à la loi Cincia dans le droit ancien, ni sous Justinien à l'insinuation (n° 304).

En regard de ces ressemblances nombreuses, on peut placer certaines différences :

1° Le donateur *mortis causa* peut réaliser la donation par l'intermédiaire de son fils ou de son esclave, tandis que même sur son ordre ces personnes ne peuvent ni tester ni par conséquent léguer (Inst., pr., *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 13. — L. 25 § 1, *De mort. caus. donat.*).

2° La donation *mortis causa* n'est jamais par elle-même une manière d'acquérir ou de devenir créancier (page 764, note 2).

3° Elle peut s'exécuter du vivant du disposant et produire dès lors des effets importants, quoique révocables (n° 308).

4° Faite *in singulos dies*, *menses* ou *annos*, elle est *una*, *incerta* et *perpetua*, comme toutes les stipulations de ce genre (L. 35 § 7, *De mort. caus. donat.* —N 531).

5° Le donataire *mortis causa*, bien qu'ayant intenté la *querela* et

échoué, conserve la libéralité (L. 5 § 17, *De his quæ ut ind.*, XXXIV, 9. — N° 356).

6° La donation *mortis causa* ne supposant pas nécessairement la confection d'un testament, il est probable que, lorsque le donateur en a fait un, elle ne s'évanouit pas faute d'adition; car il ne peut plus être question ici de la comparer à un legs (arg. de la loi 20 § 1, *De leg. præst. cont. tab.*, XXXVII, 5) (1).

DES FIDÉICOMMIS (2).

SOMMAIRE : I. Notions générales. — II. Des fidéicommis d'hérédité. — III. Des fidéicommis particuliers. — IV. Comparaison des legs et des fidéicommis. De leur fusion sous Justinien.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES.

Lib. II, tit. XXIII, *De fideicommissariis hereditatibus*, pr. — Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius est ut de hereditatibus fideicommissariis videamus (Gaius, II, §§ 246 et 247).

Maintenant passons aux fidéicommis. Et d'abord occupons-nous des hérédités fidéicommissaires.

§ 1. — Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus fuerat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant, et ideo fideicommissa ap-

Donc il faut savoir que dans le principe les fidéicommis étaient toujours sans force, parce que personne n'était forcé d'exécuter la prière qui lui avait été adressée. En effet, lorsqu'on voulait laisser une hérédité ou un legs à des incapables, on s'en remettait à la bonne foi de personnes qui pussent recueillir en

(1) Je ne connais pas de texte qui s'explique sur l'effet des conditions impossibles ou illicites insérées dans une donation *mortis causa*. Mais cela même me fait croire qu'elles l'annulent, car telle est la règle générale en matière de convention (L. 31, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Nous trouvons donc ici une nouvelle et importante différence entre cette sorte de donation et le legs.

(2) Les fidéicommis sont quelquefois appelés substitutions. Ce langage se rencontre déjà dans un texte de Paul (L. 87 § 2, *De leg.* 2°, XXXI). On le retrouve dans une constitution de Dioclétien (L. 16, C., *De pact.*, II, 3), et il paraît surtout familier à Justinien (L. 3 § 2, C., *Comm. de leg.*, VI, 43. — Inst., § 2, *De codic.*, II, 25. — Nov. 159, cap. 2). Du reste il s'explique très-bien par ces deux idées, que l'effet du fidéicommis est subordonné à celui de la disposition pour laquelle il est une charge, et qu'une fois exécuté, il met dans une certaine mesure le fidéicommissaire à la place du grevé (page 915, note 1).

pellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur aut ob insignem quorumdam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod, quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

vertu d'un testament, et voilà pourquoi ces dispositions furent appelées fidéicommis, n'étant garanties par aucun lien de droit, mais seulement par l'honneur de ceux qui étaient priés. Plus tard, le divin Auguste, touché à diverses reprises soit par des considérations personnelles, soit parce que le grevé avait été prié par le salut du prince, soit enfin par l'insigne perfidie de certaines personnes, ordonna aux consuls d'interposer leur autorité. Cet usage parut juridique et devint populaire : aussi petit à petit engendra-t-il une juridiction permanente, et les fidéicommis devinrent tellement favorables, que l'on arriva à créer un préteur spécial chargé de dire le droit sur les fidéicommis et qu'on appelait fidéicommissaire.

§ 12. — Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen quam substantiam acceperunt, et ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit, nuper et nos eumdem principem superare contendentes, ex facto quod Tribonianus, vir excelsus, quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus; per quam disposuimus, si testator fidei heredis sui commisit ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit, tunc, sive pater heredis, sive alius quicumque sit, qui fidem heredis elegerit, et ab eo restitui aliquid voluerit, si heres

Et comme à l'origine les fidéicommis dépendaient de la bonne foi des héritiers, qu'ils ont tiré de là leur nom et leurs règles, et que c'est pour cela que le divin Auguste les rendit obligatoires, nous qui désirons surpasser ce prince, nous avons, à propos d'un fait que nous a communiqué Tribonien, homme éminent, questeur du sacré palais, rendu une constitution disposant comme il suit : lorsque le testateur a chargé son héritier de restituer ou l'hérédité ou un fidéicommis spécial, et que la disposition ne peut être prouvée ni par écrit, ni à l'aide de cinq témoins, nombre légal en cette matière, mais qu'il y a moins de cinq témoins, ou qu'il n'y en a pas même un, alors, sans distinguer si c'est le père de l'héritier ou toute autre personne qui s'en

perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, quum prius ipse de calumnia juraverit, necesse eum habere vel jusjurandum subire quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coarctari, ne pereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus, et si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is a quo relictum dicitur, confiteatur quidem a se aliquid relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo solvere cogendus est.

est remise à sa bonne foi et l'a prié de restituer, si l'héritier mû par une pensée perfide refuse de satisfaire à la bonne foi et nie la disposition, le fidéicommissaire peut lui déférer le serment *de calumnia*, et l'héritier se trouve alors dans l'alternative ou de jurer qu'il n'a reçu du testateur aucune prière semblable, ou d'exécuter le fidéicommis universel ou spécial, de telle sorte que les dernières volontés confiées par le testateur à sa bonne foi ne périssent pas. Nous voulons que les mêmes règles soient observées lorsque le fidéicommis a été imposé à un légataire ou à un fidéicommissaire. Que si celui que l'on prétend grevé avoue que la disposition a été mise à sa charge, mais se réfugie dans la subtilité des lois, il est absolument tenu de payer.

Lib. II, tit. XXIV, *De singulis rebus per fideicommissum relictis*, § 3. — Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur : *peto*, *rogo*, *volo*, *mando*, *fidei tuæ committo*. Quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent (Gaius, II, § 249).

Les paroles les plus usitées en matière de fidéicommis sont celles-ci : *je demande*, *je prie*, *je veux*, *je mande*, *je confie à ta bonne foi*. Chacun de ces mots employé seul a même force que s'ils étaient tous réunis ensemble.

405. J'ai déjà signalé trois caractères généraux qui jusqu'à Justinien distinguèrent les fidéicommis des legs (n° 378). Parmi ces caractères, le plus saillant, celui qui permet dans tous les cas de séparer immédiatement et d'une manière certaine le fidéicommis de l'institution d'héritier ou du legs, c'est sa forme précative. Mais comme il était dans l'esprit formaliste des Romains de ne sanctionner les volontés d'un défunt qu'autant qu'elles s'étaient manifestées par un ordre positif, ils tinrent longtemps pour non obligatoires des dispositions exprimées dans la forme timide d'une prière ou d'un désir. Dans la pratique, cependant,

les fidéicommis ne tardèrent pas à se multiplier : car la *factio testamenti* passive n'ayant été concédée que d'une manière très-avare, il arrivait souvent qu'un père de famille voulait gratifier des personnes auxquelles la loi n'admettait pas qu'il laissât quelque chose : alors, il disposait au profit d'une personne capable, et, s'adressant à sa délicatesse et à sa bonne foi, la priait d'exécuter elle-même une volonté dont la loi n'aurait tenu aucun compte. D'autre part, dès l'époque de Cicéron, les honnêtes gens, sans désapprouver le magistrat qui refusait son concours à l'exécution du fidéicommis laissé au profit d'un incapable, n'épargnaient pas le blâme au grevé qui le méconnaissait, sacrifiant ainsi le devoir au gain (Cic., *De Fin.*, II, 17. — 2ª *act. in Verr.*, I, 47). Auguste le premier, cédant à des considérations personnelles et à des raisons de faveur bien plutôt qu'à une idée morale, fit exécuter, par l'intervention des consuls, certains fidéicommis qui lui parurent mériter une protection particulière (1). Puis, cette innovation ayant été bien accueillie, il finit par créer un préteur spécialement chargé de régler les difficultés relatives au fidéicommis (*prætor fideicommissarius*), ce qui revenait à consacrer ce genre de dispositions comme génératrices d'un véritable lien de droit (§ 1 *sup.*). Dès lors les fidéicommis commencèrent à être réglementés ; mais le souvenir de leur origine affranchit toujours cette réglementation de l'arbitraire qui présidait à celle des institutions et des legs, et, notamment en ce qui concerne leur forme, ils continuèrent à jouir d'une entière liberté. Sans doute la pratique consacra plus particulièrement certaines expressions (§ 3 *sup.* — L. 115, *De leg.* 1°) ; mais elles n'avaient rien d'obligatoire, et un fidéicommis était valablement laissé par déclaration verbale, même par simple signe (Ulp., XXV § 3). Toutefois cette latitude extrême pouvait entraîner des difficultés de preuve relativement à l'existence ou à l'étendue de la disposition. Aussi Théodose le Jeune (L. 8 § 3, C., *De cod.*, VI, 36) exigea, pour la preuve du fidéicommis non écrit, le témoignage de cinq personnes ; Justinien, moins sévère, permit au fidéicommissaire de déférer le serment au grevé, après avoir lui-même fait le serment *de calumnia*, c'est-à-dire juré qu'il n'agissait pas par esprit de chicane. Dès lors le grevé était placé dans l'alternative ou de jurer qu'il ne connaissait pas le fidéicommis ou de l'exécuter (§ 12 *sup.*).

(1) Lui-même en exécuta un qui avait été mis à sa charge par le testament de Lucius Lentulus (Inst., pr., *De codic.*, II, 25).

On distingue des fidéicommis d'hérédité et des fidéicommis de choses particulières, les uns présentant plus de ressemblance avec l'institution d'héritier, les autres avec le legs. Le grevé de fidéicommis s'appelle *fiduciarius*, le bénéficiaire *fideicommissarius*.

II. — DES FIDÉICOMMIS D'HÉRÉDITÉ.

Lib. II, tit. XXIII, *De fideicommissariis hereditatibus* (1), § 2. — In primis igitur, sciendum est opus esse ut aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejusque fidei committatur ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Quum igitur aliquis scripserit : *Lucius Titius heres esto*, poterit adjicere : *Rogo te, Luci Titi, ut, quum primum poteris hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas, restituas.* Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare, et liberum est vel pure vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex die certo (Gaius, II, §§ 248 et 250).

Avant tout, il est nécessaire, sachons-le, qu'un héritier soit institué dans un testament régulier et que l'on confie à sa bonne foi de restituer l'hérédité à un tiers : car sans institution d'héritier le testament est nul. Donc après cette disposition : *que Lucius Titius soit héritier*, on peut ajouter celle-ci : *Je te prie, Lucius Titius, aussitôt que tu auras pu faire adition de mon hérédité, de la restituer à Gaius Séius.* Mais on peut aussi prier l'héritier de restituer seulement une part, et on est libre de laisser le fidéicommis ou purement ou sous condition ou à partir d'un certain terme.

§ 3. — Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit, nihilominus heres permanet, is vero qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur (Gaius, II, § 251).

Mais une fois l'hérédité restituée, celui qui a restitué demeure néanmoins héritier; quant à celui qui a reçu la restitution, il était assimilé tantôt à un héritier, tantôt à un légataire.

§ 4. — Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo et Annæo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones quæ ju-

Et à l'époque de Néron, sous le consulat de Trebellius Maximus et d'Annæus Sénèque, on fit un sénatus-consulte portant que, lorsqu'une hérédité serait restituée en vertu d'un fidéicommis, toutes les actions

(1) On trouve aussi, mais plus rarement, l'expression *fiduciaria hereditas* (L. 9 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 46, *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1).

re civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum prætor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cœpit (Gaius, II, § 253).

qui d'après le droit civil compétent à l'héritier et contre l'héritier seraient données à celui et contre celui qui aurait reçu la restitution en vertu du fidéicommis. A dater de ce sénatus-consulte, le préteur commença à donner des actions utiles à celui et contre celui qui avait reçu la restitution, comme à un héritier et contre un héritier.

§ 5. — Sed quia heredes scripti, quum aut totam hereditatem aut pœne totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione consulibus, senatus censuit ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia in legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat; ille autem qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur; quæ species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos

Mais comme les héritiers inscrits, priés de restituer l'hérédité entière ou presque entière, refusaient de faire adition en vue d'un bénéfice nul ou à peu près nul, et que cela entraînait extinction des fidéicommis, plus tard, à l'époque de Vespasien Auguste, sous le consulat de Pégasus et de Pusio, le sénat décida que celui qui aurait été prié de restituer une hérédité pourrait en retenir le quart, de même que d'après la loi Falcidia l'héritier retient un quart à l'encontre des légataires. La même retenue fut permise aussi sur les choses laissées à titre de fidéicommis particulier. Depuis ce sénatus-consulte, l'héritier lui-même restait soumis à toutes les charges héréditaires; mais celui qui avait reçu en vertu d'un fidéicommis la restitution d'une part de l'hérédité était assimilé à un légataire partiaire, c'est-à-dire au légataire à qui on laissait une part des biens, espèce de legs qu'on appelait *partitio*, parce que l'hérédité se partageait entre l'héritier et le légataire. Aussi les stipulations usitées entre l'héritier et le légataire partiaire intervenaient-elles également entre le fidéicommissaire qui avait reçu la

commune esset (Gaius, II, § 254).

§ 6. — Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatusconsulto restituebatur hereditas, et in utrumque actiones hereditariæ pro rata parte dabantur, in heredem quidem jure civili, in eum vero qui recipiebat hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano, tanquam in heredem. At si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatusconsulto, et heres qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive retinere noluerit, ipse universa onera hereditaria sustinebat; sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restitueret, emptæ et venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto ut, desiderante eo cui restituere rogatus est, jussu prætoris adeat et restituat hereditatem, perindeque ei et in eum qui recipit hereditatem actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano senatusconsulto. Quo casu nullis stipulationibus est opus; quia simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariæ ei et in eum transferuntur

restitution et l'héritier, et cela de telle sorte que le bénéfice et la perte résultant de l'hérédité se partageassent proportionnellement entre eux.

Donc lorsque la restitution imposée à l'héritier inscrit ne dépassait pas les trois quarts de l'hérédité, elle se faisait en vertu du sénatus-consulte trébellien, et les actions héréditaires se donnaient proportionnellement contre l'un et l'autre, contre l'héritier d'après le droit civil, contre celui qui recevait la restitution, en vertu du sénatus-consulte trébellien, comme s'il eût été héritier. Mais si la prière de restituer avait pour objet l'hérédité entière ou seulement plus des trois quarts, le sénatus-consulte pégasien s'appliquait, et l'héritier qui avait une fois fait adition, pourvu que ce fût par sa volonté, soit qu'il eût retenu sa quarte ou n'eût pas voulu la retenir, restait lui-même sommis à toutes les charges héréditaires; toutefois, quand il retenait la quarte, des stipulations *partis et pro parte* avaient lieu comme entre le légataire partiaire et l'héritier; si au contraire il restituait toute l'hérédité, c'étaient les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* qui intervenaient. Mais si l'héritier inscrit refuse de faire adition, disant que l'hérédité lui est suspecte comme insolvable, le sénatus-consulte pégasien décide que sur la demande du fidéicommissaire le préteur le forcera à faire adition et à restituer, et que les actions seront données tant à celui qui a reçu la restitution que contre lui, de même que cela a lieu en vertu du sénatus-

qui recepit hereditatem, utroque senatusconsulto in hac specie concurrente (Gaius, II, §§ 255 à 258).

consulte trébellien. Dans ce cas il n'y a besoin d'aucunes stipulations, parce que du même coup la sécurité est acquise à celui qui a restitué et les actions transférées à celui et contre celui qui a reçu la restitution, les deux sénatus-consultes s'appliquant ensemble dans cette espèce.

§ 7. — Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano quod postea supervenerit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus; ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto, pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id quod præcipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti

Mais les stipulations dérivant du sénatus-consulte pégasien avaient déplu aux anciens eux-mêmes, et dans certains cas Papinien, homme d'un esprit élevé, les appelle captieuses. Nous donc qui préférons dans les lois la simplicité à la complication, après nous être fait exposer toutes les ressemblances et toutes les différences des deux sénatus-consultes, nous avons supprimé le sénatus-consulte pégasien, qui est postérieur, et donné toute autorité au trébellien : c'est donc d'après celui-ci que les hérédités fidéicommissaires seront restituées, soit que l'héritier ait sa quarte par la volonté du testateur, ou qu'il ait plus, ou moins, ou n'ait rien du tout : de telle sorte que, lorsqu'il n'a rien ou n'a pas sa quarte, il lui soit permis en vertu de notre autorité de retenir le quart ou le complément du quart et de répéter ce qu'il aurait payé de trop, les actions se donnant proportionnellement contre l'héritier et contre le fidéicommissaire comme en vertu du sénatus-consulte trébellien. Que s'il restitue volontairement l'hérédité entière, toutes les actions héréditaires compètent au fidéicommissaire et contre lui. Quant à la principale disposition du sénatus-con-

fideicommissario restituere et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad senatusconsultum Trebellianum : ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

sulte pégasien, savoir que, l'héritier inscrit refusant de faire adition, le fidéicommissaire pourrait le contraindre à une restitution intégrale, de façon que lui-même fût investi des actions tant actives que passives, nous la réputons écrite dans le sénatus-consulte trébellien : donc l'héritier ne voulant pas faire adition y est contraint par cela seul que le fidéicommissaire exige la restitution de l'hérédité, mais alors sa qualité d'héritier ne lui laisse ni perte ni bénéfice.

§ 8. — Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partem partis restituere rogatus sit; nam et hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus (Gaius, II, § 259).

Il est indifférent, au surplus, qu'un héritier institué pour le tout soit prié de restituer l'hérédité entière ou en partie, ou qu'un héritier institué pour une part soit prié de restituer cette part en tout ou en partie; en effet, nous voulons qu'on applique aussi dans ce cas les règles que nous avons exposées au sujet de la restitution de l'hérédité entière.

§ 9. — Si quis, una aliqua re deducta sive præcepta quæ quartam continet, veluti fundo vel alia re, rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatusconsulto restitutio fiat, perinde ac si, quarta parte retenta, rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, quum deducta sive præcepta aliqua re restituitur hereditas, in solidum ex eo senatusconsulto actiones transferuntur, et res quæ remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei adquisita; altero vero casu, id est, quum, quarta parte retenta, rogatus est heres restituere hereditatem et res-

Si quelqu'un est prié de restituer l'hérédité après avoir déduit ou prélevé un objet contenant la quarte, par exemple un fonds ou une autre chose, la restitution se fait en vertu du sénatus-consulte trébellien, tout comme s'il avait été prié de retenir le quart et de restituer le surplus. Mais il y a cette différence que dans l'un des deux cas, c'est-à-dire lorsque l'hérédité est restituée après déduction ou prélèvement d'une certaine chose, les actions sont entièrement transférées en vertu du sénatus-consulte, et la chose qui reste à l'héritier lui reste sans aucune charge héréditaire, comme si elle lui eût été acquise en vertu d'un legs; dans l'autre

tituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam, licet una re aliqua deducta aut præcepta restituere aliquis hereditatem rogatus est, qua maxima pars hereditatis contineatur, æque in solidum transferuntur actiones, et secum deliberare debet is cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, et si duabus pluribusve deductis præceptisve rebus, restituere hereditatem rogatus sit; sed et si, certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo qui ex asse heres institutus est, eadem transferemus ad eum qui ex parte heres scriptus est.

cas, c'est-à-dire lorsque l'héritier a été prié de restituer l'hérédité sauf la retenue d'un quart, et qu'il restitue, les actions se partagent : elles sont donc transférées au fidéicommissaire pour trois quarts et restent à l'héritier pour un quart. Bien mieux, quoique l'héritier ait été prié de restituer l'hérédité après avoir déduit ou prélevé une chose déterminée qui équivaut à la plus grande part de l'hérédité, les actions sont néanmoins transférées pour le tout, et celui qui a droit à la restitution de l'hérédité doit délibérer s'il lui est avantageux de recevoir la restitution. Mêmes décisions si l'héritier a été prié de restituer l'hérédité après avoir déduit ou prélevé deux ou plusieurs choses; mais, même lorsqu'il est prié de restituer après déduction ou prélèvement d'une certaine somme contenant le quart ou la plus grande partie de l'hérédité, son droit est le même. Au surplus, tout ce que nous avons dit de l'héritier institué pour le tout, nous l'appliquerons à celui qui n'a été institué que pour partie.

§ 10. — Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat; quum alioquin legata nisi ex testamento non valeant (Gaius, II, § 270).

En outre, l'homme même qui doit mourir intestat peut prier celui à qui il voit que ses biens vont arriver d'après le droit civil ou d'après le droit honoraire, de restituer à quelqu'un tout ou partie de son hérédité ou une certaine chose, comme un fonds, un esclave, de l'argent, tandis que les legs ne valent jamais qu'en vertu d'un testament.

§ 11. — Eum quoque cui aliquid restituitur, potest rogare ut id rursum alii totum aut pro parte, vel etiam aliquid aliud restituat.

Celui-là même qui reçoit la restitution peut avoir été prié de restituer à un tiers tout ou partie de la même chose, ou une autre chose.

406. On entend par fidéicommis d'hérédité la disposition par laquelle celui qui est appelé à tout ou partie d'une hérédité est prié de restituer à un tiers désigné la totalité ou une quote-part de ce qu'il recueillera comme héritier. Ce fidéicommis peut être imposé à trois sortes de personnes : 1° à l'héritier institué, et alors, bien qu'il puisse être contenu dans un codicille, il ne vaut qu'autant que le disposant a fait un testament valable et demeuré tel (§ 2 *sup.*); 2° à l'héritier légitime (§ 10 *sup.*) (1). En pareil cas, il est nécessairement laissé par codicilles; 3° à un premier fidéicommissaire d'hérédité (§ 11 *sup.*). Ici il peut être imposé soit par testament, soit par codicilles. Dans les trois cas, au surplus, il n'a d'efficacité qu'autant que l'héritier fait adition.

Pour déterminer les effets du fidéicommis d'hérédité, je me placerai dans l'hypothèse de beaucoup la plus pratique, je le supposerai donc imposé à l'héritier institué. Il est d'abord certain que le fidéicommissaire, n'étant pas un héritier, n'a pas d'adition à faire, et que celle qu'il ferait serait nulle. Il est également certain que l'adition régulièrement faite par l'institué ne le saisit pas, c'est-à-dire ne le rend pas propriétaire, créancier et débiteur à la place du défunt. Son droit se borne à exiger la restitution (2). Et cette restitution, depuis le jour où les fidéicommis devinrent obligatoires jusque dans le droit de Justinien, se fit toujours de deux manières : 1° l'héritier met le fidéicommissaire, ou le laisse se mettre lui-même en possession matérielle des objets corporels compris dans la succession; 2° ou bien il se contente de déclarer, personnellement ou par intermédiaire, verbalement ou par écrit, qu'il entend restituer (L. 37 pr., *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1) (3). Dès lors les *res corporales* comptent dans les biens du fidéicommissaire, encore qu'il ne les détienne pas (L. 63 pr., *Ad sct. Trebell.*). Mais évidemment la restitution ainsi opérée ne donne pas une exécution complète à la volonté du testateur; car cette volonté implique que le fidéicommissaire doit bénéficier des créances et payer les dettes dans la proportion de son fidéicommis. Or, ni créances ni dettes ne se transportent par une livraison matérielle ou par la simple volonté. Pour arriver au

(1) En cette matière le nom d'héritier comprend aussi le *bonorum possessor*.

(2) Je rappelle que, lorsque le fidéicommis est laissé à un pupille, à un fils de famille ou à un esclave, la restitution peut être demandée directement, sans le concours ni la volonté du fidéicommissaire, par son tuteur, par son père ou par son maître (page 352, et page 876, note 5).

(3) Sans nul doute, l'héritier pouvait aussi procéder par des translations de propriété; mais cela n'était pas nécessaire.

résultat voulu, la pratique imagina d'abord de faire intervenir entre l'héritier et le fidéicommissaire une vente fictive (*venditio nummo uno*), de telle sorte qu'il y avait lieu entre eux aux mêmes stipulations réciproques qu'entre un vendeur et un acheteur d'hérédité, l'héritier promettant au fidéicommissaire de lui rembourser tout ce qu'il toucherait des débiteurs héréditaires et même lui cédant les créances, et le fidéicommissaire à son tour promettant d'indemniser l'héritier de tout ce que celui-ci serait obligé de payer aux créanciers, même de le défendre contre leurs poursuites (Gaius, II, § 252). Mais ce procédé présentait un grave inconvénient : c'est que, selon que les créances étaient plus fortes que les dettes ou les dettes plus fortes que les créances, l'héritier devait finalement se trouver ou débiteur ou créancier du fidéicommissaire, et dès lors l'un des deux était exposé à perdre par l'insolvabilité de l'autre : il y avait là une considération qui pouvait détourner l'héritier de faire adition.

407. Cet état de choses dura jusqu'en l'an 62 de l'ère chrétienne sous le règne de Néron. A cette époque, le sénatus-consulte Trébellien (1) décida que dans la mesure du fidéicommis les actions pourraient, une fois la restitution faite, être intentées tout droit soit par le fidéicommissaire, soit contre lui, comme s'il était héritier (2); toutefois, attendu que ce titre, une fois acquis à l'institué, ne pouvait pas cesser de lui appartenir, ces actions étaient qualifiées utiles et probablement donnaient lieu à une *formula fictitia* (§ 4 *sup.* — Gaius, II, § 253). Par voie de conséquence, l'héritier subissant ou exerçant une poursuite au delà de la part qui excédait le fidéicommis, put désormais opposer ou se voir opposer, non pas un moyen de défense tiré du fond, mais une exception dite *restitutæ hereditatis* (L. 27 § 7, *Ad sct. Trebell.*); et la nécessité de cette exception est un nouveau témoignage du maintien de la qualité d'héritier en sa personne (3).

(1) Ce sénatus-consulte dut son nom à Trebellius Maximus, alors consul avec Sénèque le philosophe. Nous en avons le texte même (L. 1 §§ 1 et 2, *Ad sct. Trebell.*).

(2) Le fidéicommissaire n'est-il investi que des créances héréditaires proprement dites, c'est-à-dire de celles qui eussent été comprises dans la succession, en quelques mains qu'elle tombât? ou bien est-il également investi de celles que l'héritier a pu acquérir depuis l'adition et à l'occasion de l'hérédité, par exemple en faisant garantir une créance du défunt par un pacte de constitut, par un gage, par une fidéjussion? Mæcianus décide que l'héritier est seulement tenu de céder de telles actions (L. 73 pr., *Ad sct. Trebell.*). Paul et Africain les font passer tout droit au fidéicommissaire par l'effet d'une cession tacite attachée au fait même de la restitution (L. 22, *De pec. const.*, XIII, 5. — L. 21 pr., *De fidej.*, XLVI, 1).

(3) A la même idée générale il faut rattacher les deux décisions suivantes : 1° L'institué conserve les *jura sepulcrorum* nonobstant la restitution (L. 42, *Ad*

Si ces dispositions ne transformaient pas le fidéicommissaire d'hérédité en un véritable héritier, du moins en faisaient-elles bien un successeur universel, elles le mettaient *loco heredis* (§ 3 *sup.* — L. 5, § 1, *Quod cum eo*, etc., XIV, 5). Aussi l'édit prétorien lui donna-t-il dès lors, sous le nom de *fideicommissaria hereditatis petitio*, une action *in rem* générale organisée à l'image de la *directa hereditatis petitio* et produisant les mêmes effets (LL. 1 et 2, *De fid. hered. pet.*, V, 6). Toute la différence résida dans la formule, qui dut être ici celle d'une action *fictitia* (n° 793).

A partir du sénatus-consulte Trébellien, la crainte de trouver le fidéicommissaire insolvable ne put plus déterminer l'institué à répudier. Mais il pouvait encore y être conduit soit par l'énormité du fidéicommis qui ne lui laisserait qu'un bénéfice nul ou insignifiant, soit par l'insolvabilité de la succession elle-même, insolvabilité qui tomberait à sa charge pour partie, si la disposition ne comprenait pas l'hérédité entière, et pour le tout, si le fidéicommissaire venait à répudier le fidéicommis. Ces inconvénients furent corrigés par le sénatus-consulte Pégasien rendu sous le règne de Vespasien en l'an 73 de l'ère chrétienne.

Ce sénatus-consulte, proposé sans doute par le jurisconsulte Pégasus alors consul, contenait les deux dispositions suivantes : 1° l'institué consentant à faire adition pouvait retenir un quart de l'hérédité, comme il l'eût pu en présence de légataires; 2° refusant de faire adition, il pouvait, à la demande du fidéicommissaire, y être contraint par le préteur ou par les magistrats municipaux. Dans ce cas il était tenu de restituer sans retenir sa quarte (1), et le fidéicommissaire était obligé de recevoir la restitution (§§ 5 et 6 *sup.* — Paul, IV, 4 § 2. — L. 44 pr., *Ad sct. Treb.*).

sct. Trebell.). 2° Ce qui est plus important, les effets de la confusion produite par l'adition ne s'effacent pas de plein droit. Donc, créancier ou débiteur du défunt, il a perdu sa créance ou acquis sa libération. Toutefois, comme ce résultat, s'il était maintenu, aboutirait ou à grossir ou à diminuer la restitution imposée par le testateur, on y remédie : si l'institué était créancier, il peut ou se payer par voie de retenue, ou plus simplement ne faire adition qu'après avoir exigé une promesse du fidéicommissaire; s'il était débiteur, il doit lui-même contracter une obligation équivalente à celle que l'adition a éteinte, car dans l'un et l'autre cas la confusion a laissé subsister une obligation naturelle (L. 44 pr.; L. 59 pr.; L. 80, *Ad sct. Trebell.*). Pareillement, les servitudes qui existaient entre le fonds du défunt et celui de l'héritier doivent être rétablies (page 651, note 2), et c'est là, je pense, toute la signification d'un texte qui, au premier aspect, paraît nier qu'elles aient été éteintes (L. 73 § 1, *Ad sct. Trebell.*).

(1) Le droit à la quarte lui était refusé même à l'égard des légataires; mais l'on verra tout-à-l'heure que ceux-ci n'y gagnaient rien (page 1045, note 1).

Rien, ce semble, n'eût été plus simple que d'appliquer simultanément les deux sénatus-consultes, puisque les décisions de l'un n'avaient rien d'incompatible avec celles de l'autre. Les Romains pourtant ne le firent pas, et je ne puis dire si cette jurisprudence ne fut que le résultat d'une interprétation arbitraire, ou si elle avait sa source dans les termes mêmes du sénatus-consulte Pégasien. Ce qui est certain, c'est que dès lors la matière se compliqua; et pour savoir dans quels cas les actions devaient de plein droit passer au fidéicommissaire et contre lui, il fallut distinguer quatre hypothèses (§ 6 *sup.*) :

1° L'héritier fait adition spontanément, et le fidéicommis ne dépasse pas les trois quarts de l'hérédité. Sans nul doute, les actions se partagent alors de plein droit entre le fidéicommissaire et l'héritier, parce que celui-ci n'a pas besoin de recourir au sénatus-consulte Pégasien pour avoir sa quarte; il la tient de la volonté même du testateur. En disant que les actions se partagent, je suppose que l'héritier a sa quarte à titre universel; mais il se pourrait que le défunt l'eût prié de restituer l'hérédité entière sous la déduction d'un ou plusieurs objets déterminés: en pareil cas, et quelle que soit l'importance de ces objets par rapport au tout, pourvu que leur valeur égale le quart de l'actif net, les actions passent tout entières en la personne du fidéicommissaire, parce que l'héritier ne retient plus rien à titre universel : il est vraiment comparable à un légataire (§ 9 *sup.* — L. 30 § 3, *Ad sct. Trebell.*).

2° L'héritier fait encore adition spontanément, mais, le testateur ne lui ayant rien laissé ou ne lui ayant laissé qu'une partie de sa quarte soit à titre universel, soit à titre particulier, il la retient. Ici, incontestablement, les actions restent tout entières fixées en sa personne, et alors entre lui et le fidéicommissaire interviennent des stipulations *partis et pro parte* comme entre l'héritier et le légataire partiaire (n° 392).

3° Je suppose comme précédemment que l'héritier fait une adition spontanée et que le testament ne lui donne pas sa quarte ; mais, au lieu de la retenir comme il en aurait le droit, il se fait un devoir d'exécuter pleinement les volontés du défunt. Dans cette hypothèse, il semble que l'héritier, qui ne se prévaut pas des avantages que lui offre le sénatus-consulte Pégasien, ne devrait pas non plus se le voir opposer; et tel fut, en effet, le sentiment de Paul (IV, 3 § 2) et de Modestin (L. 45, *Ad sct. Trebell.*)(1). Mais Ulpien (XXV § 14) et plus formellement Gaius (II, § 257)

(1) On peut croire que cette opinion ne fut pas spéciale à ces deux jurisconsultes. Callistrate (L. 20, *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8) présente, en effet, l'héritier qui ne veut rien retenir comme restituant *ex senatusconsulto Trebelliano.*

décident en sens contraire. Considérant sans doute que l'on se trouve ici dans le cas textuellement prévu par le Pégasien et que le désintéressement de l'héritier ne saurait modifier la règle, ils admettent que les actions ne compètent qu'à lui-même et contre lui-même, et qu'en conséquence il y a lieu de faire intervenir les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* (1). Et telle est l'opinion que la pratique consacra; Justinien l'affirme (§ 6 *sup.*), et le texte précité de Modestin suffirait à le prouver, puisque ce jurisconsulte, après avoir énoncé son avis personnel, conseille à l'héritier de ne pas le suivre, mais de se laisser plutôt contraindre à faire adition, afin de se placer dans une hypothèse où, comme on va le voir, le transport des actions s'opère sans aucun doute.

4° Enfin l'héritier ne fait adition que sur la demande du fidéicommissaire et par l'ordre du magistrat. Ici le sénatus-consulte Pégasien, par cela même qu'il lui refusait le droit à la quarte, devait l'affranchir et l'affranchit en effet de la charge des actions. Il restitue donc *ex Trebelliano* (L. 4, *Ad sct. Treb.*), et selon la remarque des Institutes § 7, *sup.*), de même que sa qualité d'héritier ne l'expose à aucun péril, de même elle ne lui assure aucun bénéfice (2).

408. Justinien ne pouvait manquer de refondre cette législation compliquée. Avec des développements verbeux et sous une forme bizarre, il annonce qu'il supprime le sénatus-consulte Pégasien pour ne laisser subsister que le Trébellien (§ 7 *sup.*). Mais si l'on s'attache à la réalité des choses, son innovation se réduit à admettre l'application simultanée de l'un et de l'autre, à faire disparaître le nom du Pégasien et à en réputer les dispositions écrites dans le Trébellien lui-même. Cette législation nouvelle peut s'analyser en trois propositions très-simples : 1° l'héritier faisant adition volontaire a toujours droit à une quarte; 2° les actions passent toujours et au fidéicommissaire et contre lui dans la proportion de la quote-part qui lui est restituée en

(1) Ces stipulations ne diffèrent des stipulations *partis et pro parte* que par leur étendue et non par leur nature.

(2) Cette proposition doit toutefois être tempérée par l'observation suivante : tant que la restitution n'est pas faite, l'héritier qui n'est pas en demeure bénéficie tout à la fois des fruits produits par l'hérédité et des acquisitions réalisées par les esclaves héréditaires (L. 27 § 1, *Ad sct. Trebell.*); et cela n'a rien de bien choquant, puisque le fidéicommissaire peut, dès qu'il le veut, le mettre en demeure. Quant à la confusion qui s'est opérée en la personne de l'héritier, il ne doit ni en profiter ni en souffrir, conformément à une observation déjà faite (page 1011, note 3).

fait, sans distinguer si l'héritier retient ou non sa quarte, ni si, la retenant, il la doit au testateur lui-même ou à la loi; 3° le cas d'adition forcée reste régi comme autrefois.

En résumé, quand on se demande quelle est, après la restitution, la situation, soit du fidéicommissaire, soit de l'institué, il y a quatre périodes à distinguer : 1° période antérieure au Trébellien. — Le fidéicommissaire est toujours *loco emptoris*, et l'institué conserve absolument les effets de sa qualité d'héritier à l'égard des tiers; 2° période du Trébellien seul. — Le fidéicommissaire est toujours *loco heredis*, et l'institué ne conserve guère qu'un titre sans réalité; 3° période du Trébellien et du Pégasien. — Ici le fidéicommissaire est tantôt *loco heredis*, tantôt *loco legatarii* ou *loco emptoris*. Dans ces deux derniers cas seulement l'institué demeure héritier à l'égard des tiers; 4° période de Justinien. — Le fidéicommissaire est toujours *loco heredis*, et par conséquent l'institué, en ce qui concerne les valeurs comprises dans la restitution, n'est jamais héritier que de nom. Dans les deux dernières périodes, la loi lui assure toujours le quart de l'hérédité, pourvu qu'il fasse adition spontanément (1).

409. Resterait à m'occuper en détail de la quarte Pégasienne, si elle n'était pas gouvernée en principe par les mêmes règles que la quarte Falcidie (n° 401). Cette identité s'accuse avec énergie dans le langage même des jurisconsultes, qui toujours confondent les deux quartes sous le nom de Falcidie (2). Voici pourtant quelques observations spéciales à la quarte retenue en vertu du sénatus-consulte Pégasien :

(1) En supposant le fidéicommis d'hérédité imposé soit à un héritier légitime, soit à un premier fidéicommissaire, le transport de plein droit des actions héréditaires s'opère selon les mêmes règles que si la charge pesait sur un institué (L. 1 §§ 5 et 8, *Ad sct. Trebell.*). Quant au droit de retenir la quarte, Antonin le Pieux l'accorda expressément à l'héritier légitime faisant adition volontaire (L. 18 pr., *Ad leg. Falc.*). A l'égard du fidéicommissaire grevé, sans doute on lui permet, lorsque l'héritier n'a fait adition que *jussu prætoris*, de retenir la quarte Falcidie à l'encontre des légataires, car il est, par rapport à eux, le représentant de l'héritier; mais on ne lui donne jamais aucun droit semblable relativement aux fidéicommis dont il est grevé en son propre nom. Par voie de conséquence, et afin d'empêcher que son inaction ne fasse tomber le second fidéicommis, on permet au second fidéicommissaire d'agir directement pour contraindre l'héritier à faire adition (L. 2; L. 55 § 2; L. 63 § 11, *Ad sct. Trebell.*).

(2) Si le mot même de quarte Pégasienne ne se rencontre pas une seule fois au Digeste, cela peut tenir à ce que Justinien, comme on l'a vu, supprima le nom du sénatus-consulte Pégasien.

1° Dans le droit classique, elle ne se calcule, comme la quarte Falcidie, que déduction préalablement faite des dettes (Paul, IV, 3 § 3). Si donc on suppose une succession comprenant un actif de 100 et un passif de 80, l'héritier pourra ne restituer que les trois quarts de la différence entre 100 et 80, c'est-à-dire en tout 15. Par là il évite, en admettant la solvabilité de la succession, la nécessité de stipuler le remboursement des dettes qu'il aurait payées, et il s'abrite contre le danger que lui ferait courir l'insolvabilité du fidéicommissaire. Mais dans le droit de Justinien, et c'est là ce que je veux faire remarquer, le partage des actions s'opérant de plein droit, l'héritier peut sans aucun inconvénient restituer les trois quarts de l'actif brut; il le doit même, puisque les créanciers ne lui demanderont jamais que le quart du passif et devront pour le surplus agir contre le fidéicommissaire.

2° Sur la quarte Pégasienne, comme sur la quarte Falcidie, l'héritier impute tout ce qu'il a reçu *jure hereditario* et n'impute rien de plus (1). Cependant, lorsque le testament oblige le fidéicommissaire à lui compter une certaine somme comme prix de la restitution, l'imputation de cette somme est obligatoire; car on ne la répute pas donnée *implendæ conditionis causa* (L. 30 § 7, *Ad leg. Falc.*).

3° Il ne paraît pas que la quarte Pégasienne fût d'ordre public au même degré que la quarte Falcidie. Toutes les fois, en effet, que le testateur a prié son héritier de restituer l'hérédité entière sous la déduction d'un objet déterminé, bien que la valeur de cet objet n'égale pas le quart de l'actif net, la retenue ne peut rien comprendre de plus (2). Les textes semblent même dire qu'en règle générale, lorsque le testateur a formellement exclu toute retenue, le droit à la quarte n'existe plus sans une concession spéciale de l'empereur (L. 30 §§ 4 et 5, *Ad sct. Trebell.*).

4° En supposant que par une erreur de fait l'héritier eût restitué plus des trois quarts de l'actif net, quelques jurisconsultes avaient voulu anciennement lui refuser la *condictio indebiti* (L. 21, *Ad sct.*

(1) Lorsque le fidéicommis est conditionnel ou à terme, l'héritier, à moins que le testateur n'ait exprimé ou clairement manifesté une volonté contraire, impute sur sa quarte les fruits perçus *pendente conditione* ou *ante diem*, car il les tient de la volonté du défunt lui-même. Quant aux fruits qu'il a perçus grâce à la négligence du fidéicommissaire, cette imputation n'a pas lieu, attendu que ce n'est plus là un bénéfice qu'il doive à sa qualité d'héritier (L. 3 § 3, *De usur.*, XXII, 1. — L. 43, *De leg.* 2°, XXXI. — L. 22 § 2; L. 32, *Ad sct. Treb.*).

(2) Toutefois une remarquable exception a été précédemment développée (n° 340).

Trebell.) (1). Mais les empereurs Septime Sévère et Caracalla proscrivirent formellement cette doctrine déjà peut-être repoussée par la jurisprudence (L. 39, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 60, *Ad sct. Trebell.*) (2). Ce qui reste vrai, c'est qu'en cette matière on n'admettait pas facilement l'héritier à soutenir que, s'il avait donné trop, c'était par erreur plutôt que par un scrupule de fidélité aux volontés du défunt (L. 68 § 1, *Ad sct. Trebell.*). La prudence lui conseillait donc et le préteur lui permettait, toutes les fois que le montant des retenues à exercer n'était pas déterminé d'une manière absolument certaine, de stipuler du fidéicommissaire le remboursement de tout ce que celui-ci aurait pu recevoir au delà de son droit (L. 31, *Ad leg. Falc.*).

III. — DES FIDÉICOMMIS PARTICULIERS.

Lib. II, tit. XXIV, *De singulis rebus per fideicommissum relictis*, pr. — Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, pecuniam numeratam; et vel ipsum heredem rogare ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.

On peut aussi laisser par fidéicommis des choses particulières, par exemple un fonds, un esclave, un vêtement, des objets d'or ou d'argent, de l'argent monnayé; et la prière de restituer peut être adressée ou à l'héritier ou à un légataire, quoiqu'on ne puisse pas mettre un legs à la charge d'un légataire.

§ 1. — Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed et heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque et legatarius et fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit, sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit : hoc solum observandum est, ne

Un testateur peut laisser par fidéicommis non-seulement les choses qui lui appartiennent, mais aussi celles de l'héritier, d'un légataire, d'un fidéicommissaire ou de toute autre personne. La prière de restituer qui est adressée à un légataire ou à un fidéicommissaire peut donc porter non-seulement sur la chose qui lui est laissée, mais encore sur une au-

(1) D'après le texte que je cite, le jurisconsulte Ariston, partisan de cette opinion, autorisait néanmoins l'héritier à user, lorsqu'il le pouvait, des interdits *adipiscendæ* ou *recuperandæ possessionis*, et, une fois nanti par ce moyen, à opposer l'exception de dol au fidéicommissaire.

(2) Cette décision prouve que Justinien, quoi qu'en aient dit quelques interprètes, n'innove pas, lorsqu'il accorde à l'héritier l'action en répétition (§ 7 *sup.*).

plus quisquam rogetur alicui restituere quam ipse ex testamento ceperit, nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Quum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est, aut ipsam redimere et præstare, aut æstimationem ejus solvere (Gaius, II, §§ 261 et 262).

tre, soit la sienne, soit celle d'autrui : seulement il ne faut pas qu'une personne soit priée de restituer plus qu'elle ne recueille elle-même en vertu du testament; car pour le surplus la disposition est inutile. Mais lorsque le fidéicommis a pour objet la chose d'autrui, celui à qui il est imposé doit ou acheter la chose et la fournir ou en payer l'estimation.

410. Le nom seul de ce fidéicommis suffit pour faire pressentir entre lui et le fidéicommis d'hérédité des différences considérables : 1° il peut être imposé non-seulement à un successeur universel, mais encore à un légataire, à un donataire *mortis causa*, à un fidéicommissaire particulier, en un mot à quiconque recueille quelque chose en vertu des dernières volontés d'un défunt (§ 1 *sup.* — Gaius, II, § 261); 2° jamais, ni directement ni indirectement, il n'aboutit à faire passer au fidéicommissaire le bénéfice des créances ou la charge des dettes du défunt; 3° il peut avoir pour objet non-seulement la chose du disposant lui-même, mais aussi celle du grevé ou d'un tiers. Dans ce dernier cas, on discuta s'il ne fallait pas faire une différence entre le fidéicommis et le legs *per damnationem*, et décider que, le grevé ne réussissant pas à acheter la chose, la libéralité s'éteindrait. Mais cette opinion, assez difficile à comprendre, puisque généralement les fidéicommis s'interprétaient d'une manière plus libérale que les legs, était déjà rejetée par la majorité des jurisconsultes contemporains de Gaius (II, § 262), et Justinien la repoussa définitivement (§ 1 *sup.*) (1); 4° les règles relatives à la quarte Falcidie doivent s'appliquer ici d'une manière absolue. Il est même assez vraisemblable que la jurisprudence n'attendit pas le sénatus-consulte Pégasien pour autoriser l'héritier à retenir sa quarte à l'encontre des fidéicommissaires particuliers, comme il la retenait à l'encontre des légataires (2). Au surplus, et de toute

(1) La décision contraire se comprend toutefois, quand il s'agit d'un fidéicommis de liberté; car, comme le font remarquer Gaius (II, § 265) et Ulpien (II § 11), la liberté ne s'apprécie pas en argent. Aussi, jusqu'à Justinien, l'extinction du fidéicommis ne faisait aucun doute dans notre hypothèse (n° 56).

(2) Cependant Gaius (II, § 254) et les Institutes (§ 5, *De fid. hered.*) pourraient donner à croire le contraire.

évidence, il ne saurait être question d'une quarte dans le cas où le grevé n'est qu'un successeur à titre particulier; car il a beau répudier la libéralité à lui adressée, il ne fait pas mourir le défunt intestat (1); 5° le fidéicommissaire particulier ne peut pas plus qu'un légataire contraindre l'héritier à faire adition (L. 16 § 2, *Ad sct. Trebell.*).

De même que les legs ne s'exécutent point au delà de l'actif net de l'hérédité, de même le fidéicommis n'excède pas valablement ce que le grevé lui-même recueille du défunt (§ 1 *sup.*). Sur l'application de ce principe en lui-même incontestable, il faut bien s'entendre : le légataire de 100 ne peut pas être grevé d'un fidéicommis de 110, ni le légataire d'un fonds, d'un fidéicommis comprenant, outre le fonds, une somme de 10. Mais qu'on suppose le legs ayant pour objet cent pièces d'or, et le fidéicommis portant sur le fonds même du légataire (2); celui-ci, en acceptant le legs, prouve que dans son estime la charge ne dépasse pas le bénéfice, et, en conséquence, il est absolument tenu de l'exécuter. Le principe posé aux Institutes n'est donc vrai que lorsque, selon l'expression de Papinien, *quantitas cum quantitate confertur* (L. 70 § 1, *De leg.* 2°).

IV. — COMPARAISON DES LEGS ET DES FIDÉICOMMIS. — DE LEUR FUSION SOUS JUSTINIEN.

Lib. II, tit. XXIV, *De singulis rebus per fideicommissum relictis*, §§ 2. — Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius : nec interest utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit

On peut aussi par fidéicommis donner la liberté à un esclave, c'est-à-dire prier l'héritier, ou un légataire ou un fidéicommissaire, de l'affranchir; et il n'importe que la prière du testateur soit relative à son propre esclave, à celui de l'héritier ou du légataire, ou même à celui d'un étranger. C'est pourquoi l'esclave d'autrui doit être acheté et affranchi. Que si le maître ne veut pas le vendre, cela toutefois en supposant qu'il ne doive rien aux

(1) En ce cas, le fidéicommissaire peut exiger, dans la mesure de son droit, que le grevé qui répudie lui cède ses actions contre l'héritier (L. 70 pr., *De leg.* 2°).

(2) Il est évident que, si le fonds appartenait à un tiers, le grevé ne pourrait pas être contraint de l'acheter pour un prix supérieur à la somme qui lui est léguée. Il s'acquitterait toujours par l'entier abandon de cette somme.

libertatem perceperit, non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur; quia possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit. At is qui directo testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur : directa autem libertas tunc dari videtur, quum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult (Gaius, II, §§ 263 à 267).

dernières volontés de celui qui a laissé la liberté, le fidéicommis ne s'éteint pas immédiatement, mais l'exécution en est retardée; car il est possible, le temps aidant et l'occasion d'acheter l'esclave se présentant, que la liberté puisse être donnée. Mais l'esclave affranchi par fidéicommis, fût-il l'esclave du testateur, ne devient pas l'affranchi du testateur lui-même, mais de celui qui procède à l'affranchissement. Quant à l'esclave qui reçoit par testament la liberté directe, il devient l'affranchi du testateur lui-même, et on l'appelle *orcinus*. Du reste nul ne peut avoir la liberté directe en vertu du testateur, s'il n'a appartenu au testateur à deux moments, celui de la confection du testament et celui de sa mort; mais la liberté est réputée donnée directement lorsque le testateur, au lieu de prier un tiers d'affranchir l'esclave, veut que la liberté lui appartienne en quelque sorte en vertu de son testament.

411. Sans revenir sur les trois différences fondamentales que j'ai déjà signalées (n° 378), le fidéicommis se sépare du legs sur une foule de points dont les principaux peuvent être groupés sous les sept chefs suivants :

1° *Formes et modalités.* — Même avant Justinien, le fidéicommis put précéder l'institution d'héritier (Ulp., XXV § 8) ou être écrit en langue grecque (Gaius, II, § 281). Rien non plus n'empêchait de le laisser *pridie quam heres moreretur*, ou, ce qui était d'un usage très-fréquent, *post mortem heredis* (Gaius, II, § 277. — Ulp., XXV § 8) (1),

(1) Ni Gaius ni Ulpien ne disent que le fidéicommis pût être laissé *post mortem fideicommissarii* ou *pridie quam fideicommissarius moreretur*. Cependant Justinien, qui consacre certainement cette doctrine, la fait remonter à l'ancien droit (Inst., § 35, *De leg.*, II, 20). On remarquera, au surplus, que le fidéicommis *post mortem heredis*, et plus généralement le fidéicommis à terme, fournit, lorsqu'il est

et l'on discuta s'il ne pourrait pas être fait *nomine pœnæ*. Mais dès l'époque de Gaius la négative avait prévalu (Gaius, II, § 288).

2° *Objet.* — Ulpien pose en principe que tout ce qui peut être légué *per damnationem* peut aussi faire l'objet d'un fidéicommis (XXV § 5), et rien de plus naturel, puisque le fidéicommis ne donne qu'un droit de créance. Mais il faut aller plus loin : le fidéicommis peut avoir pour objet même des choses qui se trouvent hors du commerce à l'égard du fidéicommissaire, et alors celui-ci, étant incapable d'acquérir la chose elle-même, en reçoit l'estimation (L. 40, *De leg.* 1°).

3° *Personnes à qui la charge peut être imposée.* — J'ai déjà dit (n° 378) d'une manière générale quelles sont ces personnes. Tout ce que je veux faire remarquer ici, c'est que celui qui institue un fils de famille ou un esclave ne peut grever le père ou le maître d'aucun legs, et pourtant il lui impose très-valablement un fidéicommis (Ulp., XXV § 10) (1).

4° *Personnes qui peuvent être gratifiées.* — Dans le principe, on pouvait recueillir un fidéicommis sans avoir ni le *jus capiendi* ni même la *factio testamenti;* et, comme je l'ai déjà dit (n° 405), le désir d'éluder à cet égard les rigueurs de la loi fut originairement la principale cause de la faveur dont jouirent les fidéicommis. Cette législation, qui frappait d'impuissance les prohibitions du droit civil, subsista toujours à l'égard des femmes atteintes par la loi Voconia, des Latins Juniens et des esclaves mineurs de trente ans à qui leur maître laissait la liberté et un fidéicommis pour le jour où ils atteindraient leur trentième année (Gaius, II, §§ 274 à 276). Mais elle fut abrogée à l'égard des *cœlibes* et des *orbi* par le sénatus-consulte Pégasien (Gaius, II, § 286) (2), à l'égard des pérégrins et des *personæ incertæ*,

fait à titre universel, un moyen d'éluder en partie les inconvénients de la règle *semel heres, semper heres* (Inst., § 9, *De pup. subst.*, II, 16. — LL. 46 et 80, *Ad sct. Treb.*, XXXVI, 1).

(1) Le testateur qui tenait à gratifier un fils de famille et non pas son père trouvait là un moyen d'une efficacité certaine. Il instituait le fils et obligeait le père à lui restituer l'hérédité *post mortem suam*. De cette façon, le père mourant avant le testateur, le fils recueillait comme héritier; le père survivant au testateur, le fils recueillait comme fidéicommissaire. Il faut remarquer, au surplus, que le père ne pouvait pas retenir de quarte à l'encontre de son fils, tandis que, grevé envers un étranger, il l'aurait pu. Dans le premier cas, en effet, la restitution lui était imposée en sa qualité de père plutôt qu'à titre d'héritier (L. 11, *De leg.* 1°).

(2) Les dispositions qui échappent au fidéicommissaire *cœlebs* ou *orbus* sont attribuées aux *patres*. Mais on déroge ici au droit commun en ce que le grevé *pater* est toujours préféré aux autres *patres* (L. 60, *De leg.* 2°).

par des sénatus-consultes rendus sous Adrien (Gaius, II, §§ 285 et 287) (1). Du reste, il ne paraît pas que la *factio testamenti* fût exigée du fidéicommissaire au jour même de la disposition, c'était assez qu'il la possédât au jour du décès; car Ulpien reconnaît l'efficacité d'un fidéicommis laissé à l'esclave d'un déporté, lorsque l'esclave a été affranchi ou le maître restitué *vivo testatore* (L. 7 pr., *De leg.* 3°). Et l'on peut croire que celles des personnes morales auxquelles on accorda le droit de recevoir des legs sans leur donner celui d'être instituées, purent aussi recevoir des fidéicommis. Ainsi s'expliquent les textes du Digeste où l'on voit des fidéicommis laissés à des colléges de prêtres (L. 38 § 6, *De leg.* 3°).

5° *Effet du fidéicommis.* — La formule même de ce genre de disposition implique qu'en aucun cas la propriété ne saurait être directement transférée au fidéicommissaire, d'où il suit que la théorie de l'accroissement est tout aussi inapplicable entre deux fidéicommissaires qu'entre deux légataires *per damnationem* (*Fr. Vat.*, § 85. — L. 114 § 19, *De leg.* 1°).

6° *Exécution du fidéicommis.* — Tandis que l'exécution d'un legs se poursuit par voie d'action ordinaire, les fidéicommis donnent lieu à une *persecutio*, c'est-à-dire que le magistrat statue lui-même sur le fond au lieu de délivrer une formule et de renvoyer à un juge (2). Par suite, les actions relatives aux legs ne peuvent s'engager qu'à certains jours fixés pour la délivrance des formules (*dies rebus agendis* ou *dies*

(1) Le fidéicommis laissé à un pérégrin est confisqué; celui qui est laissé à une personne incertaine est simplement nul. Il paraît du reste que même avant Adrien on éprouvait quelque doute sur la validité du fidéicommis adressé à des personnes incertaines, puisque Pline le Jeune, institué héritier et grevé de restitution envers deux cités, consulte Trajan pour savoir ce qu'il doit faire (Plin., *Epist.*, X, 80 et 81). J'ajoute que très-certainement, en ce qui concerne ceux des posthumes que le testateur ne peut ni instituer ni exhéréder, la pratique du Bas-Empire rejeta la prohibition établie sous Adrien. Et alors, grâce à la double faculté d'imposer un fidéicommis au fidéicommissaire lui-même et de fixer pour époque de la restitution la mort du grevé, il arriva qu'un testateur put régler à perpétuité la dévolution de tout ou partie de ses biens. Par exemple l'institué était chargé de restituer *post mortem suam* à ses enfants, ceux-ci à leur tour devant restituer à leurs propres enfants et ainsi de suite. De cette façon les biens se trouvaient immobilisés dans une famille, et pour ainsi dire mis hors du commerce. Justinien limita cet abus, en décidant que la charge de restituer cesserait d'être obligatoire à partir de la quatrième génération; en d'autres termes, le testateur ne put pas imposer plus de quatre restitutions successives (Nov. 159, cap. 2).

(2) Cette différence disparut avec la procédure formulaire sous le règne de Dioclétien.

judiciarii. — n° 749); sur les fidéicommis, au contraire, le magistrat statue tous les jours (Gaius II, §§ 278 et 279) (1).

7° *De la condamnation.* — Le fidéicommissaire obtient condamnation, non-seulement pour le principal, mais aussi pour les fruits et intérêts à compter du jour où le grevé est en demeure (Gaius, II, § 280. — L. 26, *De leg.* 3°, XXXII). A l'égard du légataire, je distingue entre les fruits et les intérêts : les fruits lui appartiennent dès l'adition, quand il s'agit d'un legs translatif de propriété, à moins peut-être que l'héritier, ignorant le legs, ne puisse alléguer sa position de possesseur de bonne foi (L. 40, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1); dans tout autre legs, les fruits ne sont dus qu'à compter du jour de la *litis contestatio*, et cela en vertu d'une règle qui s'applique à toute *condictio* par laquelle nous demandons à acquérir la propriété d'une chose qui ne nous a jamais appartenu (L. 38 § 7, *De usur. et fruct.*, XXII, 1) (2). Quant aux intérêts, ce fut d'abord une règle absolue que le légataire n'y pouvait jamais prétendre, pas même à partir de la *litis contestatio.* Mais dans une opinion qui tendait à prévaloir au temps de Gaius (II, § 280), on fit exception pour le legs *sinendi modo*, et on admit que du jour de la *mora* l'héritier devrait les intérêts, cela peut-être parce que la formule même du legs l'obligeait plus étroitement à se priver de la jouissance des sommes léguées, dès que le légataire manifestait la volonté de les obtenir (3). Si, comme on le voit, le légataire *per damnationem* est moins bien traité, en ce qui concerne les fruits et intérêts, que le fidéicommissaire, à un autre point de vue sa condition peut être beaucoup meilleure : en effet, toutes les fois que ce legs engendre une *condictio certi*, le défendeur qui le nie encourt une condamnation au double, et, par voie de conséquence, on refuse la *condictio indebiti* à quiconque aurait fait, en vertu d'un pareil legs, un payement trop fort ou absolument indû (Gaius, II, §§ 282 et 283; IV, § 9. — Inst., § 7,

(1) Ceci n'est vrai que pour Rome. Dans les provinces, le magistrat ne statuait sur les fidéicommis qu'à l'époque du *conventus* (page 154, note 2).

(2) On voit que je considère comme spéciale au légataire partiaire la décision qui lui donne droit aux fruits du moment où il a mis l'héritier en demeure (page 994, note 3).

(3) Il y a des textes (L. 34, *De usur.* — L. 3, C., *In quib. caus. in int. rest.*, II, 41) qui ne font, quant aux intérêts, aucune différence entre le legs et le fidéicommis. Mais il ne saurait être douteuxque Justinien, dont ils expriment très-exactement la législation, y a mis ou ôté quelque chose. On peut indifféremment croire à l'addition des mots *in legatis* ou à la suppression des mots *sinendi modo* qui les auraient suivis.

De obl. quas. ex contr., III, 27) (1). Ces singularités, sur lesquelles je reviendrai ultérieurement, ne se rencontrent pas en matière de fidéicommis.

412. Que si maintenant on se reporte au droit de Justinien, sans doute les mots legs et fidéicommis s'y retrouvent encore; mais n'ayant plus, comme autrefois, une valeur distincte, ils s'emploient indifféremment l'un pour l'autre, et la vérité est que, depuis la fusion opérée par ce prince, il n'y a plus ni legs ni fidéicommis, mais plutôt un legs-fidéicommis soumis à des règles qui ne sont qu'une combinaison de celles de l'ancien legs et de l'ancien fidéicommis (2). Sans entrer dans un exposé détaillé de cette combinaison, Justinien (Inst., § 3, *De leg.*, II, 20) caractérise le sens et la portée de son innovation par ces deux propositions : 1° désormais le legs emprunte au fidéicommis tout ce que celui-ci avait de plus avantageux; 2° réciproquement, le fidéicommis s'enrichit de tout ce que le legs pouvait avoir de plus favorable. De ces deux propositions, la première n'exige aucun développement, la comparaison qui précède ayant suffisamment fait ressortir les nombreuses supériorités du fidéicommis sur le legs. Quant aux avantages du legs sur le fidéicommis, ils consistent principalement dans le transport immédiat du droit de propriété toutes les fois qu'il est possible, dans l'application de la théorie du droit d'accroissement, parfois dans le doublement de la condamnation en cas d'*infitiatio*, et dans l'impossibilité de répéter ce qui a été payé par erreur (3).

Même sous Justinien, la distinction du legs et du fidéicommis subsiste encore en un cas, celui où la disposition a pour objet la liberté (§ 2 *sup.* — page 142, note 1). Je n'ai pas à revenir sur les différences, déjà exposées, qui séparent ici le legs du fidéicommis (n° 56). Je me borne

(1) Sur ces deux derniers points, Justinien n'a conservé que pour une hypothèse toute spéciale les avantages jadis attachés au legs (n° 659).

(2) Par application de cette idée, Justinien garantit les fidéicommis par la même hypothèque que les legs. Mais on remarquera que lorsque de telles dispositions ne sont pas mises à la charge de l'institué, l'hypothèque ne frappe jamais que sur les biens laissés au grevé (L. 1, C., *Comm. de leg.*, VI, 43).

(3) Un texte de Paul (L. 87, *De leg.* 3°, XXXII) porte que sous le nom de legs on comprend aussi le fidéicommis et la donation *mortis causa*. Dans la pensée du jurisconsulte, et surtout si l'on considère que ce texte est tiré d'un commentaire sur les lois Julia et Papia Poppæa, cela signifie sans aucun doute que les causes de caducité applicables aux legs s'appliquent aussi aux fidéicommis et aux donations *mortis causa*. Mais dans le droit de Justinien ce texte perd évidemment sa signification originaire, et il exprime d'une manière générale que les legs et les fidéicommis sont désormais absolument soumis aux mêmes règles, et que la plupart de ces règles s'étendent aux donations *mortis causa*.

à ajouter trois observations : 1° dans l'ancien droit, la liberté ne pouvait jamais faire l'objet d'un legs *per damnationem*, ou, pour parler plus correctement, l'emploi de la formule *per damnationem* ne pouvait avoir ici un effet plus énergique que la formule précative du fidéicommis (1); car elle impliquait que l'esclave ne deviendrait pas immédiatement libre, mais qu'il appartiendrait un instant à l'héritier et que celui-ci lui-même ferait l'affranchissement; 2° il ne faut pas s'étonner que Justinien, qui donne l'action en revendication au légataire toutes les fois que la chose léguée se trouve dans le patrimoine du testateur à l'instant de sa mort, n'admette pas que dans la même hypothèse l'esclave affranchi acquière nécessairement la liberté dès l'adition. Et, en effet, que le légataire devienne propriétaire de plein droit, l'héritier n'en souffre pas, et on peut dire que ce résultat répond mieux à l'intention du défunt. Tout au contraire, que l'esclave n'arrive pas directement à la liberté, cela importe fort à l'héritier qui se trouvera ainsi investi des *jura patronatus*. Si donc le testateur s'est servi d'une formule indiquant que l'héritier lui-même devra faire l'affranchissement, on doit naturellement penser qu'il ne l'a pas choisie sans réfléchir ni sans en mesurer les conséquences; 3° toutefois, on peut trouver étrange que, lorsque le testateur a employé une formule d'affranchissement direct, l'esclave soit néanmoins considéré comme simple fidéicommissaire de liberté, par cela seul qu'il n'appartenait pas au défunt dès l'instant de la confection du testament (§ 2 *sup.*). A mes yeux, ce n'est que par inadvertance et routine que Justinien a conservé cette décision, autrefois très-logique.

412 *bis. a.* — Je n'abandonnerai pas la matière des legs et des fidéicommis sans mentionner le moyen étrange et violent que Justinien imagina en l'année 535 pour rendre ces libéralités plus sûrement efficaces. Jusque-là, l'héritier qui, ayant fait adition, n'acquittait pas les charges à lui imposées, pouvait être poursuivi par les personnes intéressées; mais sa négligence n'aboutissait ni à le dépouiller ni à enrichir qui que ce fût : les effets de l'adition demeuraient irrévocables. Or, voici ce que décide la novelle 1 (cap. 1) :

Désormais un décret du juge doit intervenir pour enjoindre à l'héritier d'exécuter ses obligations envers les légataires et les fidéicommissaires; puis, faute de s'être libéré dans l'année, s'il est légitimaire,

(1) En m'exprimant ainsi, je me place dans le droit postérieur à Auguste. Mais avant ce prince, le legs de liberté fait *per damnationem* était obligatoire, et le fidéicommis de liberté ne l'était pas.

il est réduit à sa légitime; s'il ne l'est pas, il perd entièrement le bénéfice de l'institution. A sa place, et sous la condition de garantir par voie de promesse personnelle, au besoin même par d'autres sûretés, la pleine exécution des volontés du défunt, Justinien appelle d'abord les personnes gratifiées dans le testament, savoir : en première ligne, le substitué vulgaire; à son défaut, les cohéritiers; après eux, les fidéicommissaires et les légataires ; enfin, les esclaves affranchis (1). Aucune de ces personnes ne voulant faire adition, la succession est offerte, mais toujours sous la même condition, aux héritiers *ab* intestat; à leur défaut, à toutes personnes autres que les descendants écartés par une exhérédation régulière et absolument dépouillés; enfin, en dernier lieu, au fisc. En appelant un si grand nombre de personnes, Justinien se propose, dit-il, d'empêcher que l'hérédité enlevée à l'institué ne demeure abandonnée; et il allègue, se référant sans doute à l'usucapion *pro herede*, l'autorité des lois anciennes qui faisaient acquérir la qualité d'héritier à des personnes dépourvues de toute vocation testamentaire ou légitime (cap. 1, §§ 3 et 4). — Au surplus, une déchéance semblable est encourue, et cela au profit des mêmes personnes, par le légataire ou le fidéicommissaire qui, grevé lui-même de quelque libéralité, ne l'exécuterait pas.

Pour motiver ces dispositions Justinien (*præf.*, § 1) allègue que beaucoup de personnes gratifiées par testament s'empressent de recueillir les biens et volontiers refusent d'acquitter les charges, motif qui tout à la fois témoigne d'un grand désordre social et prouve bien que l'empereur se place dans l'hypothèse d'une acquisition déjà réalisée par la personne grevée et non pas dans l'hypothèse de sa simple négligence à prendre parti (2); c'est ce qui résulte d'ailleurs d'un autre passage de la même novelle (cap. 4, pr.).

(1) Entre les fidéicommissaires et légataires, l'ordre à suivre se détermine par les deux règles suivantes : 1° celui qui vient à titre universel passe avant celui qui vient à titre particulier; 2° entre ceux qui viennent au même titre, celui qui a reçu plus prime ceux qui ont reçu moins. Quant aux esclaves affranchis, Justinien les appelle dans l'ordre où le testateur les a nommés.

(2) S'il en était autrement, la novelle bouleverserait bien plus profondément qu'elle ne le fait l'économie des anciens principes. En effet : 1° elle signifierait d'une manière générale que la répudiation de l'institué n'entraîne plus la chute des legs et des fidéicommis; 2° elle sacrifierait, on ne voit pas pourquoi, le droit des héritiers légitimes au moindre légataire ou fidéicommissaire, et, ce qui ne serait pas moins incompréhensible, le fisc, qui régulièrement succède en cas de répudiation faite par les institués et par les héritiers légitimes, se verrait primé par le premier venu; 3° enfin, la théorie de la *bonorum addictio libertatum conservandarum causa* n'aurait plus aucun sens et disparaîtrait (nos 474 et s.).

DES CODICILLES.

Lib. II, tit. XXV, *De codicillis* (1), pr. — Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa cœperunt (2), codicillos introduxit. Nam, quum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum ut faceret aliquid; et quum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui, ejus auctoritatem secuti, fideicommissa præstabant, et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quæsisse an posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset; et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse, propter magnas et longas peregrinationes quæ apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora, quum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat quin codicilli jure optimo admitterentur.

Il est constant qu'avant l'époque d'Auguste les codicilles n'étaient pas en usage; mais ils furent introduits par Lucius Lentulus, celui en la personne duquel commencèrent aussi les fidéicommis. En effet, mourant en Afrique, il écrivit des codicilles confirmés par testament dans lesquels, sous forme de fidéicommis, il demandait à Auguste de faire quelque chose; et le divin Auguste ayant satisfait à ses volontés, l'autorité de ce prince détermina d'autres personnes à exécuter des fidéicommis, et la fille de Lentulus paya des legs qu'en droit elle ne devait pas. Or, on dit qu'Auguste convoqua les prudents, et parmi eux Trébatius, qui jouissait alors de la plus grande autorité, et qu'il leur demanda si l'usage des codicilles pouvait être reçu, s'il n'avait rien qui choquât les règles du droit; et que Trébatius le recommanda à Auguste, comme très-utile et même nécessaire aux citoyens, à cause des grands et longs voyages qu'on faisait alors, dans lesquels celui qui ne pourrait tester ferait au moins des codicilles. Plus tard, Labéon ayant fait des codicilles, personne ne douta plus de l'excellence du droit qui les consacrait.

(1) Les textes appartenant à la latinité classique emploient toujours ce mot au pluriel. Le singulier apparaît dans le code Théodosien (L. 7, *De mat. bon.*, VIII, 18), et à plus forte raison se retrouve-t-il dans les textes de Justinien (nov. 159). Le français comportant aussi bien le singulier que le pluriel, j'emploierai l'un ou l'autre indifféremment.

(2) Cela ne signifie évidemment pas que l'invention des fidéicommis appartienne à Lentulus (n° 404), mais que les fidéicommis par lui laissés servirent de point de départ à la législation qui rendit de telles dispositions obligatoires.

§ 1. — Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed, quum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur; sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat eum qui postea testamentum fecit a voluntate quam codicillis expresserat, non recessisse.

Ce n'est pas seulement celui qui fait un testament qui peut faire des codicilles; mais celui-là même qui meurt intestat peut laisser des fidéicommis par codicilles. Mais en supposant des codicilles antérieurs à la confection du testament, Papinien prétend qu'ils n'ont aucune force, à moins d'avoir été confirmés plus tard par une volonté spéciale; mais les divins Sévère et Antonin ont décidé qu'un fidéicommis peut être demandé en vertu de codicilles antérieurs au testament, s'il apparaît que celui qui a testé plus tard n'a pas entendu s'écarter de la volonté manifestée par ses codicilles.

§ 2. — Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest, nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo potest.

Par codicilles on ne peut ni donner ni ôter une hérédité, autrement les testaments et les codicilles se confondraient, ni par conséquent y écrire une exhérédation. Mais c'est par voie de disposition directe que des codicilles ne peuvent ni donner ni ôter une hérédité, car une hérédité fidéicommissaire est valablement laissée dans des codicilles. Les codicilles ne peuvent pas non plus imposer une condition à l'institution d'héritier ni contenir une substitution directe.

§ 3. — Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solemnitatem ordinationis desiderant.

Mais on peut faire plusieurs codicilles, et ils ne demandent aucune solennité de forme.

413. La consécration législative des codicilles fut visiblement inspirée, comme celle des fidéicommis, dont elle est contemporaine, par le désir d'assurer une plus pleine efficacité aux dernières dispositions des mourants. C'est l'empereur Auguste qui la réalisa avec le concours des principaux jurisconsultes de son temps et dans des circonstances suffisamment expliquées par les Institutes (pr. *sup.*).

On appelle codicille un acte de dernière volonté, qui se distingue du testament par trois différences générales : 1° il n'exige aucune solennité de forme (§ 3 *sup.*). Cependant Théodose le Jeune voulut qu'il fût rédigé en présence de cinq témoins et revêtu de leur signature (*subnotatio*) (L. 8 § 3, C., *De cod.*, VI, 36); 2° il ne peut contenir ni institution d'héritier, ni exhérédation, ni substitution vulgaire ou pupillaire; et, par conséquent, il ne peut ni révoquer une disposition de cette nature, ni la modifier, soit par l'addition, soit par le retranchement d'une condition (§ 2 *sup.*); 3° on admet la coexistence et l'exécution simultanée de deux codicilles, les dispositions du second ne révoquant celles du premier qu'en ce qu'elles ont de contraire (§ 3 *sup.* — L. 3, C., *De cod.*).

Il importe à plusieurs égards de distinguer entre les codicilles testamentaires, œuvres d'un testateur, et les codicilles *ab* intestat, œuvre d'une personne qui n'a pas testé : 1° tandis que les codicilles testamentaires peuvent contenir des legs, des révocations de legs, des affranchissements directs et des nominations de tuteur (n°s 56, 127, 380 et 398), les codicilles *ab* intestat ne peuvent contenir que des fidéicommis (§ 1 *sup.*); 2° les codicilles testamentaires exigent la capacité actuelle de tester (L. 6 § 3; L. 8 § 2, *De jur. cod.*) (1); les codicilles *ab* intestat, quoique faits par un incapable, valent pourvu que leur auteur décède investi de la *factio testamenti* (L. 1 §§ 1 et 5, *De leg.* 3°); 3° les codicilles testamentaires empruntent toute leur force au testament, par conséquent perdent leur efficacité lorsque le testament est rompu, devient *irritum* ou n'aboutit pas à une adition d'hérédité (L. 3 § 2; L. 16, *De jur. cod.*). Au contraire, les codicilles *ab* intestat conservent leur validité nonobstant la survenance d'un fait qui eût emporté rupture du testament, et c'est pourquoi l'héritier sien né postérieurement à leur confection est tenu d'en exécuter les dispositions (L. 3 § 1, *De jur. cod.*).

Les codicilles testamentaires eux-mêmes se subdivisent en deux catégories : les uns sont confirmés par le testament, les autres ne le sont pas. L'intérêt de cette distinction est double : 1° le codicille non confirmé, comme le codicille *ab* intestat, ne peut contenir que des fidéi-

(1) Isolés, ces textes sembleraient s'appliquer à toute espèce de codicilles; mais alors ils seraient en contradiction avec d'autres. Il convient, d'ailleurs, de remarquer que presque toujours les jurisconsultes se réfèrent à des codicilles testamentaires, et même à des codicilles confirmés; car c'étaient là les plus usités, et ceux qui furent les premiers consacrés rentraient dans cette catégorie (pr. *sup.*).

commis (Ulp., XXV § 8. — Paul, IV, 1 § 10); 2° les dispositions d'un codicille confirmé sont, en principe, réputées écrites dans le testament lui-même, d'où l'on conclut notamment que le *postliminium* valide le codicille fait *apud hostes* par un homme qui a testé *in civitate* (L. 12 § 5, *De capt.*, XLIX, 15); qu'en affranchissant son esclave par codicilles, le testateur valide le legs qu'il lui a fait *sine libertate* dans un testament antérieur (L. 8 § 5, *De jur. cod.*); enfin, qu'un esclave affranchi par codicilles ne peut avoir droit à la liberté directe qu'autant qu'il appartenait au disposant au jour de la confection du testament, mais qu'on n'exige pas qu'il lui appartînt au jour même de la disposition (L. 2 § 2, *De jur. cod.*) (1).

Quant à la confirmation même du codicille, elle peut être expresse ou tacite. Expresse, elle résulte d'une clause insérée dans un testament, et elle est faite *in futurum* ou *in præteritum : in futurum*, lorsque le testateur consacre d'avance les codicilles qu'il pourra faire (2); *in præteritum*, lorsqu'il déclare valables des codicilles déjà faits. Tacite, la confirmation se réfère toujours *in præteritum* et s'induit de toutes les circonstances qui, accompagnant la confection d'un testament postérieur, témoignent que le testateur n'a pas entendu révoquer les volontés exprimées par son codicille. Les Institutes (§ 1 *sup.*) rapportent que Papinien n'avait pas admis la validité de cette confirmation tacite (3), mais que son opinion fut condamnée par un rescrit des empereurs Septime Sévère et Caracalla.

(1) Toutefois le codicille confirmé n'est pas à tous les points de vue réputé écrit dans le testament. Soit, par exemple, un legs laissé par codicille à une personne actuellement morte, mais qui vivait au jour de la confection du testament; on le répute non écrit, c'est-à-dire immédiatement nul, afin d'éviter l'application du *jus patrum*. Si au contraire la disposition était traitée comme contenue dans le testament, elle serait *in causa caduci*, et il faudrait admettre le droit des *patres* (L. 6 § 4, *De jur. cod.* — n° 375). Pareillement, si l'on suppose des codicilles faits par un militaire qui avait testé étant encore *paganus*, ils valent *jure militari*, et cela même dans l'opinion des jurisconsultes qui n'admettent pas que le testament fait *jure communi* puisse se transformer de plein droit en un testament militaire (L. 8 § 4, *De jur. cod.* — N° 416).

(2) Les textes proscrivent, comme contraire à la liberté du testateur, la clause par laquelle il ne validerait que les codicilles faits dans telle forme particulière ou portant tel signe ou telle mention (L. 6 § 2, *De jur. cod.*). Malgré cette clause, que les interprètes appellent *clause derogatoire*, la confirmation est réputée pure et simple.

(3) Néanmoins, les compilateurs du Digeste, dans un texte évidemment interpolé, prêtent à Papinien la doctrine que les Institutes lui font repousser (L. 5, *De jur. cod.*).

A. Reste à noter que le testament nul ne vaut pas non plus comme codicille, sauf volonté contraire du testateur. Seulement, tandis que dans le droit classique cette volonté pouvait s'induire de circonstances quelconques (L. 1, *De jur. cod.*), l'empereur Théodose le Jeune exigea qu'elle fût constatée par une clause expresse, que les interprètes ont appelée *clause codicillaire* (L. 8 pr., C., *De codic.*).

APPENDICE SUR LA LÉGISLATION FISCALE EN MATIÈRE DE TESTAMENT.

414. *a*. Le génie fiscal des empereurs romains sut se créer ici deux sources fécondes de revenus :

1° Par une loi connue sous le nom de *lex vicesima hereditatum*, Auguste avait établi ou organisé d'après des règles nouvelles (1) un impôt d'un vingtième sur toutes les successions, testamentaires ou légitimes, excepté celles qui étaient dévolues à des *sui heredes* (2). Cet impôt se percevait sur toutes les valeurs réputées comprises dans la masse héréditaire pour le calcul des quartes légitime ou Falcidie, et il était supporté par l'héritier, par les légataires, par les fidéicommissaires et par les donataires *mortis causa*, proportionnellement au bénéfice recueilli par chacun d'eux (Dion Cassius, lib. LV). Pline le Jeune (*Paneg.*, n°s 37 à 40) nous apprend que Nerva en avait exempté les mères succédant à leurs enfants et les enfants succédant à leur mère, et que Trajan en affranchit toutes les successions échues à un grand-père ou à une grand'mère, à un petit-fils ou à une petite-fille, à un frère ou à une sœur. Sous Justinien, la *lex vicesima* avait depuis longtemps disparu, soit par l'effet de la désuétude, soit par une abrogation formelle (L. 3, C., *De edict. div. Adr. toll.*, VI, ~~34~~ 33),

(1) J'apporte ce correctif à une opinion précédemment émise sous une forme un peu trop absolue (page 116, note 2), parce que les textes prouvent qu'il y avait une *vicesima* avant Auguste (Cic., *Ep. ad Att.*, II, 16. — L. 2 § 44, *De orig. jur.*, I, 2). Mais peut-être ces textes se rapportent-ils à l'impôt du vingtième qui frappait les affranchissements faits par les citoyens Romains.

(2) Cette loi, que j'ai déjà mentionnée deux fois (n°s 51 et 403), fut commentée par le jurisconsulte Macer (L. 154, *De verb. sign.*, L, 16). Gaius (III, § 125) y fait allusion, et les *Sentences* de Paul contiennent un titre portant la rubrique *De vicesima* (IV, 6). Il est vrai que dans ce titre le jurisconsulte s'occupe exclusivement des formalités et délais relatifs à l'ouverture des testaments ; mais cela tient à ce que cette matière avait été réglementée par la *lex vicesima* elle-même, les auteurs de cette loi ayant voulu que les testaments fussent ouverts dans un bref délai et avec certaines formalités, afin que la perception du droit ne subît ni retard ni difficultés.

2° La loi reconnut de nombreuses causes d'indignité. Or, si parfois l'exclusion d'un indigne profite à celui-là même que l'exécution de la disposition aurait grevé ou dépouillé (L. 5 § 2, *De his quæ ut ind.*, XXXIV, 9), presque toujours la libéralité ainsi arrachée à son destinataire est dévolue au fisc. Comme exemples, je citerai le cas où l'héritier a fait adition contrairement au sénatus-consulte Silanien (L. 9, *De sct. Sil.*, XXIX, 5. — L. 3 § 5, *Ad sct. Treb.*, XXXVI, 1. — N° 349), celui où la personne gratifiée s'est engagée à restituer un fidéicommis à un incapable (n° 379) et celui où la disposition a été faite en faveur d'une femme notée d'infamie (Suét., *Domit.*, 8. — L. 14, *De his quæ ut ind.*). Bien que de telles dispositions soient quelquefois appelées caduques, il est très-probable que ce sont celles qu'Ulpien désigne sous le nom plus technique d'*ereptoria* (Ulp., XIX § 17) (1). Et, en effet, ce nom leur convient beaucoup mieux que celui de *caduca*. Car la caducité empêche l'incapable de recueillir, elle rend nulle l'acceptation du legs ou l'adition d'hérédité, tandis qu'au contraire l'indignité n'opère qu'après une acceptation valablement faite. Elle dépouille et désinvestit celui qui a déjà acquis. Et ce n'est pas là une pure différence de mots : si l'on suppose, en effet, qu'un institué *cœlebs* ou Latin Junien était créancier du défunt, sa créance ne peut pas s'éteindre par confusion, tandis qu'un institué écarté comme indigne a néanmoins perdu la sienne, et par un excès de rigueur on ne la fait pas revivre (LL. 8 et 17, *De his quæ ut ind.*). Au surplus, l'*ereptorium* ressemble au *caducum* en ce qu'il fait comme lui l'objet d'une acquisition *lege* (n° 249), et comme lui laisse subsister les charges qui grevaient la disposition (L. 50 § 2, *De leg.* 1°, XXX. — L. 14, *De jur. fisc.*, XLIX, 14. — N° 374) (2).

DES PRIVILÉGES ACCORDÉS AUX MILITAIRES EN MATIÈRE DE TESTAMENT.

Lib. II, tit. XI, *De militari testamento*, pr. — Supradicta diligens observatio, in ordinandis testamentis, militibus, propter nimiam imperi-

Les militaires, à raison de leur trop grande inexpérience, ont été affranchis par des constitutions impériales de l'observation rigoureuse

(1) Cette conjecture s'appuie notamment sur la loi 49, *De jur. fisc.* (XLIX, 14), et elle se fortifie par cette considération que, pour exprimer l'effet de l'indignité, les textes disent toujours de la libéralité : *aufertur*.

(2) Justinien conserva intacte la théorie de l'indignité (L. unic. § 12, C., *De cad. oll.*, VI, 51).

tiam, constitutionibus principalibus remissa est; nam, quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, rectè nihilominus testantur, videlicet quum in expeditionibus occupati sunt, quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus per quæ, citra expeditionum necessitatem, in aliis locis vel in suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur; sed testari quidem, et si filiifamilias sunt, propter militiam conceduntur, jure tamen communi, eadem observatione et in eorum testamentis adhibenda, quam et in testamentis paganorum proxime exposuimus.

§ 1. — Plane de testamentis militum divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit : « Id privilegium quod « militantibus datum est, ut quoquo « modo facta ab iis testamenta rata « sint, sic intelligi debet, ut utique « prius constare debeat testamen- « tum factum esse, quod et sine « scriptura a non militantibus quo- « que fieri potest. Is ergo miles de « cujus bonis apud te quæritur, si, « convocatis ad hoc hominibus, ut « voluntatem suam testaretur, ita « locutus est ut declararet quem « vellet sibi heredem esse, et cui « libertatem tribuere, potest videri « sine scripto hoc modo esse testa- « tus, et voluntas ejus rata habenda

des règles précédemment posées pour la confection des testaments; car, bien qu'ils n'aient ni employé le nombre légal de témoins, ni observé les autres solennités, leur testament est néanmoins valable, cela pourvu qu'ils soient en expédition, ainsi que l'a raisonnablement introduit notre constitution. En effet, de quelque façon que leur dernière volonté se révèle, soit par écrit, soit sans écrit, leur testament vaut en vertu de leur seule volonté. Mais dans les temps où, n'étant pas retenus par les expéditions, ils vivent chez eux ou ailleurs, ils ne peuvent pas revendiquer un pareil privilége; toutefois, à raison de leur qualité de militaires, on leur permet de tester, fussent-ils fils de famille, mais seulement selon le droit commun, et en observant les formes qui viennent d'être prescrites pour les testaments de ceux qui ne sont pas militaires.

Sur les testaments des militaires le divin Trajan a rendu le rescrit suivant adressé à Statilius Sévérus : « Le privilége qu'on accorde aux « militaires de tester valablement « d'une façon quelconque, doit s'en- « tendre en ce sens que d'abord on « soit bien certain qu'ils ont fait « un testament, car ceux-là mêmes « qui ne sont pas militaires, peu- « vent tester sans écrit. Si donc « le militaire des biens duquel il « s'agit, ayant convoqué des té- « moins dans le but de manifester « sa volonté, a déclaré qui il vou- « lait avoir pour héritier et à qui « il voulait laisser la liberté, il peut « de cette façon être réputé avoir

« est. Ceterum, si, ut plerumque « sermonibus fieri solet, dixit ali- « cui : *Ego te heredem facio*, aut « *Bona mea tibi relinquo*, non opor- « tet hoc pro testamento observari : « nec ullorum magis interest, quam « ipsorum quibus id privilegium « datum est, ejusmodi exemplum « non admitti; alioquin non diffi- « culter post mortem alicujus militis « testes existerent, qui affirmarent « se audisse dicentem aliquem relin- « quere se bona cui visum sit, et « per hoc vera judicia subverteren- « tur. » (Florent., L. 24, *De test. mil.*, XXIX, 1).

« testé sans écrit, et sa volonté être « tenue pour valable. Mais si, comme « il arrive très-souvent dans les « conversations, un militaire a dit : « *Je te fais héritier*, ou *Je te laisse* « *mes biens*, ceci ne doit pas être « considéré comme un testament : « et personne, plus que ceux à qui « ce privilége est accordé, n'est in- « téressé à ce qu'un pareil exemple « ne soit pas admis; autrement, « après la mort d'un militaire, des « témoins s'élèveraient facilement « pour affirmer qu'ils ont entendu « le défunt laisser ses biens à telle « personne qui leur convient et « ainsi les véritables intentions du « défunt seraient méconnues. »

§ 2. — Quinimo et mutus et surdus miles testamentum facere potest.

Bien plus, le soldat muet ou sourd peut tester.

§ 3. — Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum quidem decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum extiterit? An quasi militis testamentum valeat? Et placet quasi militis valere.

Toutefois les constitutions impériales ne leur accordent ce privilége qu'autant qu'ils sont encore militaires et qu'ils vivent dans les camps. Mais les vétérans qui ont obtenu leur congé, ou les militaires qui font leur testament en dehors des camps, doivent le faire selon le droit commun de tous les citoyens romains. Le testament même qu'ils ont fait dans les camps, non selon le droit commun, mais selon leur volonté, ne vaut que pendant un an après leur congé. Que décider donc, lorsque le militaire meurt dans l'année, et que la condition apposée à l'institution ne se réalise qu'après l'année? Le testament vaut-il comme testament militaire? Et l'on a admis l'affirmative.

§ 4. — Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus et in expeditione degens resi-

Mais même lorsqu'un homme a testé irrégulièrement avant d'être militaire, et que, devenu militaire et étant

gnavit illud et quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere hoc testamentum quasi ex nova militis voluntate.

en expédition, il décachète son testament pour y ajouter ou en retrancher quelque chose, ou si de toute autre façon il manifeste sa volonté de faire valoir son testament comme testament de militaire, il faut dire qu'en effet il le valide en vertu d'une volonté nouvelle qui est celle d'un soldat.

§ 5. — Denique et si in adrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi militis ex nova voluntate valet; nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

C'est pourquoi, si un soldat se donne en adrogation, ou, si, étant fils de famille, il est émancipé, son testament vaut en vertu d'une volonté nouvelle qui est celle d'un soldat, et il n'est pas réputé devenu *irritum* par la *capitis deminutio*.

Lib. II, tit XIII, *De exheredatione liberorum*, § 6. — Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere constitutionibus principum cautum est.

Mais si un soldat teste étant en expédition, et qu'au lieu d'exhéréder ses descendants déjà nés ou ses posthumes, il les passe sous silence, n'ignorant pas d'ailleurs qu'il a des descendants, son silence équivaut à une exhérédation faite nominativement, ainsi que l'ont décidé des constitutions impériales.

415. Des priviléges militaires eussent été inconcevables sous la République, par cette excellente raison que les armées permanentes n'existaient pas encore, et que le service militaire, imposé à tous, n'était pour personne une véritable profession. Avec l'Empire naît la distinction des *pagani* et des *milites*, et avec cette distinction apparaissent les priviléges militaires en matière de testament. Imaginés par César, qui devait sa fortune à l'armée, ils ne furent d'abord établis qu'à titre de concession purement temporaire. Titus et Domitien les renouvelèrent en leur conservant ce même caractère, et ce n'est que sous Nerva et Trajan que cette concession devint définitive. Dès lors, en dehors de la législation testamentaire que j'ai exposée et qui continua de former le droit commun, il y en eut une autre qui prit place à côté d'elle dans l'édit des magistrats (L. 1 pr.; L. 2, *De test. mil.*, XXIX, 1). Cette seconde législation, moins arbitraire dans son ensemble que la première, n'eut guère d'autre tort que d'être exceptionnelle ; sauf quelques

réserves, elle ne demandait qu'à être généralisée pour devenir un véritable progrès.

Pour motiver ces priviléges, les textes allèguent l'ignorance et la simplicité des militaires (pr. *sup.* — L. 3, C., *De test. mil.*, VI, 21), motif évidemment inapplicable aux chefs, et qui ne vaut guère mieux à l'égard des simples soldats; car de même que le droit commun les régissait avant leur entrée au service, de même il recommence à les régir une fois rendus à la vie civile, et nul assurément ne prétendrait qu'en devenant militaire, le citoyen perd l'intelligence qu'il pouvait avoir, ou qu'en devenant vétéran, le soldat acquiert celle qui lui manquait. La vérité est que, pour se rendre compte de ces priviléges, il faut distinguer entre ceux qui ont trait à la forme et ceux qui portent sur le fond. Les premiers se justifient par une idée semblable à celle qui avait fait introduire autrefois le testament *in procinctu*, c'est-à-dire par l'extrême difficulté que l'observation des formes présenterait en fait pour les militaires. Quant aux priviléges portant sur le fond, ils ne s'expliquent que par un motif politique : les empereurs avaient besoin de caresser l'armée qui les faisait et les défaisait. Ces priviléges ne sont donc qu'un des signes nombreux, et un des plus innocents, par lesquels s'accusa la prédominance de l'esprit militaire dans la monarchie impériale (1).

416. Quant à la forme, le testament militaire échappe absolument au droit commun, et n'est soumis qu'à cette seule règle : la volonté du testateur doit être certaine (pr. *sup.*). Eût-il donc, comme le suppose un texte (L. 15, C., *De test. mil.*), écrit ses dispositions avec son sang sur son bouclier, les eût-il, de la pointe de son épée, tracées sur le sable avant de mourir, elles seront observées. Pareillement, le testament qu'il n'aurait pas eu le temps d'achever serait tenu pour valable (L. 35, *De test. mil.*). En un mot, toute la difficulté consistera ici à distinguer en fait s'il y a eu volonté arrêtée ou seulement projet; et, par exemple, de simples propos, la promesse faite à un camarade de l'instituer ne seraient pas pris en considération (§ 1 *sup.*).

Quant au fond, si les militaires ne sont pas aussi complétement affranchis du droit commun, ce n'est pourtant que par exception qu'ils y restent soumis. La souveraineté de leur volonté, tel est donc encore

(1) Je ne parle ici que des priviléges du militaire qui teste. Mais nous avons vu que le militaire héritier jouit aussi d'un privilége considérable (n° 351. — Inst., § 6. *De her. qual. et diff.*, II, 19).

le principe, comme cela va ressortir d'une énumération qui du reste ne prétend pas être limitative :

1° Ils échappent à la règle *Nemo partim testatus, partim intestatus mori potest* (Inst., § 5, *De hered. inst.*, II, 14). Donc l'institution faite *ex certa re* ou *ex certa parte* s'exécute à la lettre (L. 6, *De test. mil.* — L. ~~18~~, *De castr. pec.*, XLIX, 17. — L. 1, C., *De test. mil.*). Donc aussi lorsqu'il y a plusieurs institutions et que pour une cause quelconque l'une d'elles manque son effet, il n'y a pas nécessairement lieu au droit d'accroissement en faveur des autres institués; mais il faut toujours examiner, en fait, si l'attribution de la part vacante aux héritiers légitimes ne serait pas plus conforme à la volonté du testateur (L. 37, *De test. mil.*). 19.3.2

2° La règle *semel heres semper heres* ne s'applique pas au testateur militaire. Donc l'institution faite *ex tempore*, *ad tempus* ou *ad conditionem*, ne produit son effet qu'à partir de l'époque fixée ou jusqu'à cette époque (L. 15 § 4; L. 41 pr., *De test. mil.* — L. 8, C., *De test. mil.*).

3° La capacité de tester est accordée au militaire sourd ou muet (§ 2 *sup.*), à celui qui est incertain de sa condition (L. 11 § 1, *De test. mil.*), même à celui qui aurait subi une condamnation capitale *propter militare delictum*. Seulement, ce dernier ne teste valablement que *de bonis castrensibus* (L. 11 pr., *De test. mil.* — L. 6 § 6, *De inj. rupt.*, XXVIII, 3) (1).

4° Même avant Justinien, le militaire qui, connaissant la condition de son esclave, l'institue ou lui laisse un legs, n'a pas besoin d'exprimer la volonté de l'affranchir (L. 13 § 3, *De test. mil.* — L. 7, C., *eod. tit.*).

5° L'aptitude de l'institué ne s'examine ici qu'au jour du décès; et parmi les personnes auxquelles le droit commun refuse la *factio testamenti*, le *servus pœnæ* paraît être le seul qu'un militaire ne puisse instituer (L. 13 § 2, *De test. mil.* — L. 5, C., *eod. tit.*).

6° Le *jus capiendi ex testamento militis* appartient même aux Latins Juniens, aux *cœlibes* et aux *orbi* (Gaius, II, §§ 110 et 111).

7° L'omission d'un héritier sien ne vicie pas le testament, à moins que le testateur n'ignorât sa paternité (§ 6 *sup.* — LL. 9 et 10, C., *De test. mil.*).

(1) On a déjà vu qu'avant Adrien le fils de famille propriétaire d'un pécule *castrense* ne pouvait pas tester s'il n'était pas militaire (Inst., pr., *Quib. non est permiss.*, II, 12).

8° La survenance d'un *suus heres* n'emporte pas rupture, si l'intention du testateur a été que le testament demeurât valable quoi qu'il arrivât. Par application de cette idée, la naissance même d'un posthume non exhérédé peut ne produire aucun effet, encore que le testateur soit mort ignorant la grossesse de sa femme. Au surplus, dans les cas où la rupture s'opère, il suffit que le testateur, s'il vit encore, maintienne ses volontés pour que le testament recouvre immédiatement toute sa force (LL. 7 et 8; L. 33 pr. et § 2, *De test. mil.*).

9° Une simple manifestation de volonté suffit pour révoquer le testament (L. 15 § 1, *De test. mil.*). Mais il subsiste malgré la confection d'un autre testament, si celui-ci ne dispose pas de toute l'hérédité, ou si telle est la volonté exprimée par le testateur (L. 19 pr.; L. 36 § 1, *De test. mil.*).

10° D'après Ulpien (L. 6 § 13, *De inj. rupt.* XXVIII, 3), la *capitis deminutio* du testateur militaire ne rend pas son testament *irritum*, tandis que, d'après Marcien (L. 22, *De test. mil.*), il devient bien *irritum*, mais pour revivre aussitôt comme par une volonté nouvelle. Ces deux points de vue, logiquement inconciliables quoique aboutissant au même résultat pratique, ont été maladroitement amalgamés par Justinien dans un même texte (§ 5 *sup.*).

11° La *querela inofficiosi* n'est jamais recevable contre le testament d'un militaire, et cela encore que la personne injustement omise ou exhérédée soit elle-même militaire (L. 27 § 3, *De inoff. test.*, V, 2. — L. 37 pr., C., *De inoff. test.*, III, 28). En combinant cette règle avec celle qui permet au militaire d'omettre ses héritiers siens, on arrive à dire que ses dispositions ne peuvent pas être écartées par la *bonorum possessio contra tabulas*, et, en effet, un rescrit d'Antonin le Pieux la refusait ici au père émancipateur (L. 1 § 4, *Si a par. quis*, XXXVII, 12. — N° 449).

12° Le militaire, sans être *sui juris*, peut substituer pupillairement à son fils impubère. Il le peut également sans tester pour son propre compte, d'où la conséquence que, s'il a testé et que son testament demeure sans effet, la substitution pupillaire ne s'évanouit pas pour cela (L. 15 § 5; L. 28; L. 4 § 15, *De test. mil.*). On va plus loin, et l'on admet qu'instituant soit son fils émancipé ou pubère, soit même un *extraneus*, il lui donne valablement un substitué pupillaire; mais alors la substitution ne comprend que les biens laissés par celui qui l'a faite (L. 15, *De vulg. et pup. subst.* — L. 41 § 4, *De test. mil.* — L. 6, C.,

eod tit.). Au fond, le résultat est le même dans cette hypothèse que si le militaire eût institué deux héritiers, l'un *ad tempus*, l'autre *ex tempore*, ce qu'il peut incontestablement faire (L. 19 § 2, *De test. mil.*).

13° Il n'y a pas lieu ici à la retenue des quartes Falcidie et Pégasienne (L. 17 § 4; L. 18, *De test. mil.* — L. 12, C., *eod. tit.*). Et par conséquent la restitution d'un fidéicommis d'hérédité, même embrassant la totalité des biens, se fait toujours *ex Trebelliano* (L. 29 pr., *De test. mil.*).

14° L'affranchissement d'un *servus communis* dans le testament de l'un des copropriétaires qui serait militaire valait même avant Justinien (n° 68).

15° La clause codicillaire est toujours sous-entendue dans le testament militaire (L. 3, *De test. mil.*). D'où il faut conclure que, l'institution venant à manquer son effet, les autres dispositions s'exécutent néanmoins (L. 13 § 4, *De test. mil.*) (1).

417. La jouissance de ces priviléges n'appartient au militaire que du jour où il figure sur les cadres de l'armée (*numeri*): par conséquent, le nouvel enrôlé (*tiro*), même voyageant aux frais de l'État pour se rendre à son corps, ne peut encore tester que selon le droit commun (L. 42, *De test. mil.*). Mais, une fois inscrit, son testament antérieur ne doit-il pas s'apprécier *jure militari?* Oui, répond Ulpien, pourvu qu'il n'ait pas manifesté de volonté contraire (L. 15 § 2, *De test. mil.*); non, décident avec un peu plus de sévérité Marcellus et Paul, à moins qu'il n'ait spécialement manifesté une volonté conforme (L. 25; L. 38 § 1, *De test. mil.*) (2).

(1) Voici les principaux points sur lesquels le droit commun demeure applicable au testament militaire : 1° Le militaire captif ne peut pas tester (L. 10, *De test. mil.*); 2° Les dispositions écrites de la main du destinataire sont nulles (L. 15 § 3, *De test. mil.* — L. 5, *De his quæ ut ind.* XXXIV, 9) : 3° Sont nulles aussi les institutions captatoires (L. 11, C., *De test. mil.*); 4° Sont pareillement nulles les dispositions faites au profit d'une personne incertaine, les legs laissés *nomine pœnæ* ou ayant pour objet un fonds dotal (Inst., §§ 25 et 36, *De leg.*, II, 20. — L. 16, *De test. mil.*); 5° Le militaire est lié par toutes les lois qui prohibent les affranchissements. Insolvable, il ne peut donc pas instituer plus d'un de ses esclaves (L. 15 pr.; L. 29 § 1, *De test. mil.*); 6° Très-probablement les causes d'indignité consacrées par le droit commun restent applicables ici (L. 41 § 1, *De test. mil.*); 7° Les règles relatives à la nomination des tuteurs testamentaires sont les mêmes pour un militaire que pour un *paganus* (L. 10, *De adm. et peric. tut.*, XXVI, 7. — L. 28, *De test. mil.*); 8° Sous Justinien, les hérétiques ne peuvent rien recevoir, même *ex testamento militis* (L. 22, C., *De heret.*, I, 5).

(2) Les *pagani*, mourant *in hostico loco* à la suite et au service des armées (*in procinctu*), pouvaient, comme les militaires eux-mêmes, tester *jure militari* (L. unic. pr., *De bon. poss. ex test. mil.*, XXXVII, 13).

Dans le droit classique, ces priviléges subsistent sans interruption pendant toute la durée du service militaire. C'est ce qui résulte avec évidence de l'antithèse absolue que les textes établissent constamment, soit entre le *paganus* et le *miles*, soit entre le *miles ante missionem* et le *miles post missionem* (L. 9 § 1, *De test. mil.* — Gaius, II, § 106), antithèses que par mégarde Justinien a lui-même plusieurs fois reproduites dans les Institutes (§ 9, *De test. ord.* — § 5, *De hered. instit.*). Mais il est certain que, dans la législation de ce prince, ces priviléges ne s'appliquent plus qu'au testament fait par le militaire *in expeditione*, innovation qui contredit le motif sur lequel Justinien lui-même les fonde; car le soldat en expédition n'est ni plus inexpérimenté ni plus ignorant que le soldat vivant en garnison ou dans ses foyers (pr. *sup.* — L. 17, C., *De test. mil.*). Au surplus, cette innovation, que quelques interprètes ont contestée à Justinien, contrairement à son affirmation positive et sur la foi de deux textes évidemment altérés par lui (LL. 1 et 15, C., *De test. mil.*), ne porte pas seulement sur les priviléges relatifs à la forme, mais aussi sur ceux qui touchent au fond (§ 6 *sup.* — L. 1, C., *De test. mil.*); et autant elle est raisonnable pour ceux-là, autant elle est difficile à justifier pour ceux-ci.

Aussitôt que pour une cause quelconque l'homme a perdu sa qualité de militaire, le droit de tester *jure militari* lui est retiré pour l'avenir. Mais cela signifie-t-il que le testament qu'il a déjà fait retombe immédiatement sous l'empire du droit commun? Les Romains répondent oui, toutes les fois qu'il s'agit d'un *præfectus*, d'un *tribunus* ou de tout autre chef qui ne quitte le service qu'à la condition de recevoir un successeur (L. 21, *De test. mil.*). A l'égard des simples soldats on distingue : leur congé est-il motivé sur une cause honteuse (*missio ignominiosa*), le testament cesse immédiatement de valoir, s'il n'est pas conforme aux règles du droit commun (1). Au contraire, leur congé est-il fondé soit sur une infirmité (*missio causaria*), soit sur ce qu'ils sont arrivés au terme régulier de leur service (*missio honesta*) : le testament vaut encore *jure militari* pendant une année entière (L. 26, *De test. mil.*). Et de là cette question : si le militaire vient à mourir dans l'année de son congé, et que la condition qu'il a pu apposer à l'institution d'héritier ne s'accomplisse qu'après l'année,

(1) Il en est de même du soldat qui subit la dégradation (*exauctoratio*), ou qui reçoit son congé pour n'avoir cherché dans la carrière militaire qu'un moyen de se soustraire à certaines charges (L. 2 § 2, *De his qui not. inf.*, III, 2).

faudra-t-il dire qu'elle ne s'accomplit utilement qu'autant que le testament satisfait aux exigences du droit commun? Justinien n'hésite pas à répondre négativement (§ 3 *sup.*), sans doute parce que la pensée de la loi est d'accorder au militaire congédié un délai d'un an pour refaire son testament, et non pas d'exiger que le testament antérieur produise son effet dans l'année du congé.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE

DES

TEXTES DES INSTITUTES

RAPPORTÉS ET EXPLIQUÉS DANS LE TOME PREMIER

LIB. I.

TIT. 1. *De justitia et jure.*

Pages.

Pr., § 1. 1
§ 2. 71
§ 3. 1
§ 4. ..... 6 et 12

TIT. 2. *De jure naturali, gentium et civili.*

Pr., § 1. 12
§ 2. 13
§§ 3, 4..... 18
§§ 5, 6..... 19
§§ 7, 8..... 20
§§ 9, 10..... 21
§ 11. 14

TIT. 3. *De jure personarum.*

Pr. ..... 78 et 84
§§ 1, 2, 3..... 84
§ 4. 86
§ 5. ..... 93 et 117

TIT. 4. *De ingenuis.*

Pr. 86
§ 1. 117

TIT. 5. *De libertinis.*

Pr. 118
§ 1. 139
§ 2. 120
§ 3. ..... 133 et 140

TIT. 6. *Qui, quibus ex causis manumittere non possunt.*

Pr., § 1. 144
§ 2. 825
§§ 3, 4..... 145
§§ 5, 6, 7..... 146

TIT. 7. *De lege Fusia Caninia tollenda.*

Pages.

Pr. 147

TIT. 8. *De his qui sui vel alieni juris sunt.*

Pr. 160
§§ 1, 2..... 93

TIT. 9. *De patria potestate.*

Pr. 205
§ 1. 171
§ 2. 163
§ 3. 205

TIT. 10. *De nuptiis.*

Pr., § 1. 179
§§ 2, 3..... 180
§§ 4, 5, 6, 7..... 181
§§ 8, 9, 10, 11..... 182
§ 12. 183
§ 13. 258

TIT. 11. *De adoptionibus.*

Pr. 230
§ 1. 232
§ 2. 238
§ 3. 247
§§ 4, 5..... 245
§§ 6, 7..... 232
§ 8. 239
§§ 9, 10..... 245
§ 11. 239
§ 12. 141

TIT. 12. *Quibus modis jus potestatis solvitur.*

Pr. 265
§§ 1, 2, 3, 4..... 266
§ 5. 267

Pages.
§ 6. 268
§ 7. 269
§ 8. 232
§ 9. 269

TIT. 13. *De tutelis.*

Pr., § 1. 286
§ 2. 287
§ 3. 293
§§ 4. 5..... 294

TIT. 14. *Qui testamento tutores dari possunt.*

Pr., § 1. 294
§§ 2, 3, 4, 5..... 295

TIT. 15. *De legitima adgnatorum tutela.*

Pr. 304
§ 1. 206
§ 2. 304
§ 3. 433

TIT. 16. *De capitis deminutione.*

Pr. 423
§§ 1, 2, 3..... 428
§§ 4, 5..... 424
§ 6. 433
§ 7. 304

TIT. 17. *De legitima patronorum tutela.*

Pr. 309

TIT. 18. *De legitima parentium tutela.*

Pr. 312

TIT. 19. *De fiduciaria tutela.*

Pr. 311

TIT. 20. *De Atiliano tutore et eo qui ex lege Julia et Titia dabatur.*

Pr., § 1. 313
§§ 2, 3, 4..... 314
§ 5. 315
§ 6. 287
§ 7. 385

TIT. 21. *De auctoritate tutorum.*

Pr., § 1. 365
§§ 2, 3..... 332

TIT. 22. *Quibus modis tutela finitur.*

Pr., § 1. 378
§§ 2, 3, 4, 5, 6..... 379

TIT. 23. *De curatoribus.*

Pr., § 1. 399
§§ 2, 3, 4, 5, 6..... 400

TIT. 24. *De satisdatione tutorum vel curatorum.*

Pr., § 1. 333
§ 2. 386
§ 3. 334
§ 4. 386

TIT. 25. *De excusationibus tutorum et curatorum.*

Pages.
Pr. 321
§§ 1, 2..... 322
§§ 3, 4, 5..... 323
§§ 6, 7, 8, 9, 10, 11..... 324
§§ 12, 13, 14, 15..... 325
§ 16. 326
§ 17. 288
§§ 18, 19..... 419
§ 20. 326

TIT. 26. *De suspectis tutoribus et curatoribus.*

Pr., §§ 1, 2..... 379
§§ 3, 4..... 380
§§ 5, 6, 7, 8..... 381
§ 9. ..... 334 et 381
§ 10. 334
§§ 11, 12, 13..... 381

LIB. II.

TIT. 1. *De divisione rerum et qualitate.*

Pr. 469
§§ 1, 2, 3, 4..... 470
§§ 5, 6..... 471
§§ 7, 8..... 451
§§ 9, 10..... 452
§ 11. 519
§ 12. 522
§§ 13, 14..... 523
§§ 15, 16..... 524
§§ 17, 18..... 525
§ 19. 600
§§ 20, 21..... 601
§ 22. ..... 525 et 602
§§ 23, 24..... 602
§ 25. 617
§ 26. 606
§§ 27, 28..... 624
§§ 29, 30..... 607
§§ 31, 32..... 608
§ 33. 618
§ 34. 619
§ 35. 593
§ 36. 659
§§ 37, 38..... 660
§ 39. 594
§ 40. 543
§ 41. 547
§§ 42, 43..... 544
§§ 44, 45..... 536
§§ 46, 47, 48..... 550

TIT. 2. *De rebus incorporalibus.*

Pr., §§ 1, 2..... 463
§ 3. 464

TIT. 3. *De servitutibus.*

Pr., § 1. 637

Pages.
§§ 2, 3 638
§ 4. 644

TIT. 4. *De usufructu.*

Pr. 656
§ 1. ..... 667 et 672
§ 2. 677
§ 3. 672
§ 4. 673

TIT. 5. *De usu et habitatione.*

Pr., § 1. 682
§§ 2, 3, 4, 5, 6 683

TIT. 6. *De usucapionibus et longi temporis possessionibus.*

Pr. 586
§§ 1, 2, 3 569
§§ 4, 5, 6 570
§§ 7, 8, 9, 10 571
§ 11. 555
§§ 12, 13 565
§ 14. 576

TIT. 7. *De donationibus.*

Pr. 740
§ 1. 759
§ 2. ..... 743 et 754
§ 3. 785
§ 4. 143

TIT. 8. *Quibus alienare licet vel non.*

Pr. 779
§ 1. 717
§ 2. 713

TIT. 9. *Per quas personas nobis adquiritur.*

Pr. 720
§ 1. 725
§ 2. 726
§ 3. 720
§ 4. 733
§ 5. 737
§ 6. 788

TIT. 10. *De testamentis ordinandis.*

Pr., § 1. 795
§§ 2, 3, 4 796
§ 5. 797
§§ 6, 7, 8 802
§§ 9, 10 803
§ 11. 804
§§ 12, 13, 14 797

TIT. 11. *De militari testamento.*

Pr. 1062
§ 1. 1063
§§ 2, 3, 4 1064
§ 5. 1065
§ 6. 814

TIT. 12. *Quibus non est permissum facere testamentum.*

Pr. 814
§§ 1, 2, 3 816
§§ 4, 5 817

TIT. 13. *De exheredatione liberorum.*

Pr. 832
§ 1. 845
§ 2. 846
§ 3. 837
§ 4. 833
§ 5. 841
§ 6. 1065
§ 7. 833

TIT. 14. *De heredibus instituendis.*

Pr. 825
§ 1. 826
§§ 2, 3 827
§§ 4, 5 904
§§ 6, 7 905
§ 8. 906
§§ 9, 10, 11 805
§ 12. 820

TIT. 15. *De vulgari substitutione.*

Pr., § 1. 914
§§ 2, 3, 4 915

TIT. 16. *De pupillari substitutione.*

Pr. 921
§ 1. 935
§§ 2, 3, 4 922
§§ 5, 6, 7, 8 923
§ 9. 924

TIT. 17. *Quibus modis testamenta infirmantur.*

Pr. 844
§ 1. 845
§ 2. 852
§ 3. 853
§§ 4, 5 857
§ 6. 858
§ 7. 853
§ 8. 854

TIT. 18. *De inofficioso testamento.*

Pr., § 1. 886
§ 2. 891
§ 3. 892
§ 4. 900
§ 5. 896
§§ 6, 7 892

TIT. 19. *De heredum qualitate et differentia.*

Pr. 860
§ 1. 861
§ 2. 864

Pages.
§§ 3, 4 868
§ 5. 872
§ 6. 881
§ 7. 873

TIT. 20. *De legatis*

Pr., § 1. 949
§ 2. 953
§ 3. 950
§ 4. 980
§ 5. 981
§ 6. 1010
§ 7. 981
§ 8. 1003
§ 9. 1011
§ 10. 997
§ 11. 981
§ 12. 1011
§§ 13, 14, 15 982
§§ 16, 17 1012
§ 18. 982
§§ 19, 20 983
§§ 21, 22, 23 984
§§ 24, 25 976
§§ 26, 27 977
§ 28. 821
§ 29. 966
§§ 30, 31 967
§§ 32, 33 998
§ 34. 967
§§ 35, 36 968

TIT. 21. *De ademptione et translatione legatorum.*

Pr 1012
§ 1 1013

TIT. 22. *De lege Falcidia.*

Pages.
Pr., § 1. 1018
§ 2. 1019
§ 3. 1020

TIT. 23. *De fideicommissariis hereditatibus.*

Pr., § 1. 1031
§§ 2, 3, 4 1034
§ 5. 1035
§ 6. 1036
§ 7. 1037
§§ 8, 9 1038
§§ 10, 11 1039
§ 12. 1031

TIT. 24. *De singulis rebus per fideicommissum relictis.*

Pr., § 1. 1047
§ 2. 1049
§ 3. 1032

TIT. 25. *De codicillis.*

Pr. 1057
§§ 1, 2, 3 1058

LIB. III.

TIT. 4. *De senatusconsulto Orphitiano.*

§ 4. 911

TIT. 19. *De inutilibus stipulationibus.*

§§ 9, 10. 366

LIB. IV.

TIT. 15. *De interdictis.*

§ 5. 51

PARIS. — IMPRIMERIE MARTINET, RUE MIGNON, 2.

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

Rom
Law
A169p
1879
v.1

Accarias, Calixte
Précis de droit
romain. 3d ed.